

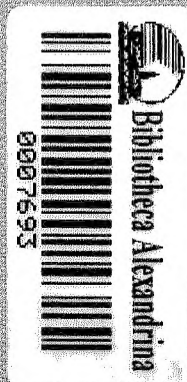
الأحوال الشخصية

في
الشرعية الإسلامية

فقه وقضاء
«الزواج»

تأليف
الدكتور عبد العزيز عامر

ملازم الطبع والنشر
دار الفكر العربي



الأحوال الشخصية

في الشرعية الإسلامية فقرها وقضائ « الزواج

تأليف

الدكتور عبد العزيز عامر

المستشار بمحكمة استئناف القاهرة
والأستاذ بجامعة قاريونس بليبيا سابقا
والأستاذ بجامعة أم القرى بمكة المكرمة
بالمملكة العربية السعودية

الطبعة الأولى

١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م

منم الطبع والنشر
دار الفكر العربي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

هذا الكتاب تكلمت فيه عن :

١ - تعريف الزواج وحكمته ووصفه الشرعي ، وعن الخطبة ، وأركان عقد الزواج وشروطه ، والمحرمات من النساء ، والولاية والوكالة في الزواج ، وعن الكفاءة في الزواج ، وعن أحكام هذا العقد .

٢ - وفي إنهاء الزواج تكلمت عن أحكام الطلاق ، وشمل الكلام : تعريف الطلاق ووصفه ، وطلاق السنة وطلاق البدعة ، الخلع ، والطلاق بحكم القاضي ، والبدعة .

وقد التزمت في التأليف بأمور أهمها :

١ - بيان أحكام أهم مذاهب الفقه الإسلامي في موضوعات الكتاب وذلك في غير إيجاز مخل ولا تطويل ممل .

٢ - بيان أحكام القضاء في أهم الموضوعات مما يعطى للدراسة طابعا عمليا بجانب البحث النظري وآمل أن يعم بذلك النفع لرجال القضاء وكل مشغول بالفقه الإسلامي .

٣ - تعرضت لبعض التقنيينات العربية المستمدة من الشريعة الإسلامية هذا ؛ والله تعالى أسأل أن يهديني سواء السبيل وأن ينفعني بما كتبت وينفع به ، إنه سميع مجيب الدعاء ، والله يقول الحق ، وهو يهدي السبيل ، ،

المؤلف

رمضان المبارك سنة ١٤٠٤ هـ .

عبد العزيز عامر

يونيه سنة ١٩٨٤ م .

من الانتاج العلمى للمؤلف

أولا : المؤلفات

- ١ - التعزير في الشريعة الإسلامية : طبعة أولى سنة ١٩٥٥ م . طبعة ثانية ، طبعة ثالثة ، طبعة رابعة مزيدة ، طبعة خامسة سنة ١٣٩٦ هـ . سنة ١٩٧٦ م - طبعة سادسة سنة ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .
- ٢ - الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، فقها وقضاء (النسب - الرضاع - الحضانة - نفقة الأقارب) ، الطبعة الأولى ، الطبعة الثانية سنة ١٣٩٦ هـ . سنة ١٩٧٦ م - الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٤ هـ - ١٩٧٤ م .
- ٣ - أحكام الموجبات (الالتزامات) في القانون المدنى اللبنانى ، طبعة جامعة بيروت العربية سنة ١٩٦١ م .
- ٤ - عقد البيع ، في القانون المدنى اللبنانى ، طبعة جامعة بيروت العربية سنة ١٩٦٢ م .
- ٥ - الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية : (الزواج - حقوق الأولاد) ، طبعة جامعة بيروت العربية سنة ١٩٦٢ م .
- ٦ - عقد البيع ، في القانون المدنى المصرى ، طبعة سنة ١٣٨٧ هـ . سنة ١٩٦٧ م . ، طبعة ثانية بدار النهضة العربية بالقاهرة سنة ١٩٧٦ م .
- ٧ - حق الملكية ، في القانون المدنى المصرى . طبعة سنة ١٣٨٧ هـ . سنة ١٩٦٧ م . ، طبعة ثانية بدار النهضة العربية بالقاهرة سنة ١٩٧٦ م .
- ٨ - من الفقه الجنائى الإسلامى المقارن . طبعة قسم الدراسات العليا (الدكتوراة) بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر سنة ١٣٨٧ هـ . سنة ١٩٦٧ م .

— ٦ —

٩ - المدخل لدراسة القانون المقارن بالفقه الإسلامي ، نظرية القانون ،
طبعة الجامعة الإسلامية بليبيا سنة ١٩٦٩ م . ، والطبعة الثانية لجامعة
قار يونس بليبيا سنة ١٩٧٧ م .

١٠ - المدخل لدراسة القانون المقارن بالفقه الإسلامي ، نظرية الحق ،
طبعة جامعة قار يونس بليبيا ، كلية اللغة العربية والدراسات الإسلامية سنة
١٩٧٧ م .

١١ - مذكرات في القانون الدولي الخاص مقارنا بالشريعة الإسلامية ،
طبعة كلية الشريعة بالجامعة الإسلامية بليبيا سنة ١٣٨٩ هـ . سنة ١٩٦٩ م .

١٢ - شرح الأحكام العامة للجريمة ، في القانون الجنائي الليبي ،
دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية ، منشورات جامعة بنغازي بالجمهورية
العربية الليبية ، سنة ١٣٩٥ هـ . - سنة ١٩٧٥ م .

١٣ - شرح قانون المرافعات الليبي ، طبع دار غريب للطباعة بالقاهرة ،
سنة ١٣٩٦ هـ . - سنة ١٩٧٦ م .

ثانيا : البحوث

١٤ - خواطر حول قانون الأسرة في الإسلام ، الموسم الثقافي الثاني بجامعة
بيروت العربية سنة ١٩٦٢ م .

١٥ - الشريعة الاسلامية كمصدر من مصادر التشريع في الجمهورية
العربية المتحدة ، برنامج تدريب القضاة الصوماليين في وزارة العدل المصرية
سنة ١٣٨٦ هـ . سنة ١٩٦٦ م .

١٦ - حقوق الابن ، منشور في موسوعة الفقه الاسلامي الصادرة عن
معهد الدراسات الاسلامية بالقاهرة .

— ٧ —

١٧ - مدى تأثير القوانين المطبقة حاليا في الجمهورية العربية الليبية
بالشريعة الإسلامية ، مقدم في ندوة التشريع الإسلامي التي أقامتها كلية
اللغة العربية والدراسات الإسلامية بالجامعة الليبية سنة ١٩٧٢ م .

١٨ - نظام التعزير في الشريعة الإسلامية وصلاحيته للتطبيق ، مقدم
في ندوة التشريع الإسلامي التي أقامتها كلية اللغة العربية والدراسات
الإسلامية بالجامعة الليبية سنة ١٩٧٢ م .

١٩ - أحكام حد السرقة في القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٣٩٢ هـ - سنة
١٩٧٢ م . بالجمهورية العربية الليبية . منشور في المجلة الحولية لكلية
اللغة العربية والدراسات الإسلامية ، بجامعة بنغازي ، العدد الأول سنة
١٩٧٣ م .

٢٠ - أثر تطبيق الحدود الشرعية في تحقيق الأمن والاستقرار في المجتمع .
وهو مقدم في مؤتمر الفقه الإسلامي الذي انعقد بالرياض ، بجامعة الامام
محمد بن سعود الإسلامية ، في ذي القعدة سنة ١٣٩٦ هـ .

الباب الأول

الزواج

الفصل الأول

تعريفه وحكمته ووصفه الشرعي

المبحث الأول

تعريفه

١ - (الزواج) في اللغة (الاقتران) ، فهو اقتران احد الشيئين بالآخر وارتباطهما بعد ان كان كل منهما منفصلا عن الآخر . ومنه قوله تعالى : « وزوجناهم بحور عين » (١) فمعناه : قرناهم بهن .

ثم ذاع استعمال كلمة : (الزواج) في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام لتكوين المنزل والأسرة بحيث اذا اطلق (الزواج) لا يقصد منه الا هذا المعنى (٢) .

والزواج شرعا يعرفه بعض الفقهاء بأنه عقد يفيد حل استماع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع (٣) .

(١) سورة الدخان ، آية رقم ٥٤ .

(٢) أحكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية، تأليف عمر عبدالله، الطبعة الاولى سنة ١٩٥٦ ، ص ١٦ .

(٣) عرفه صاحب الكنز بأنه عقد يرد على ملك المتعة قصدا ، وعرفه في تنوير الأبصار بأنه عقد يفيد ملك المتعة قصدا (راجع : تنوير الابصار ، على هامش حاشية ابن عابدين جزء ٢ / ص ٢٦٥ ، ٢٦٦ - الاحوال الشخصية قسم الزواج للششيخ محمد أبو زهرة ص ١٦ - أحكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسي طبعة سنة ١٣٧٨ هـ ، ١٩٥٨ م ص ٣٧

وكذلك عمر عبد الله وفيه انه يطلق على هذا العقد ايضا لفظ (النكاح) فمد لولهما واحد) - ص ١٦ .

المبحث الثاني

حكيمه

٢ - لا يتبادرن الى الذهن من تعريف الزواج شرعا انه قاصر على قضاء الوطر الجنسي بل ان له من الأغراض ما يسمى على هذا الغرض :

(١) فالزواج رابطة روحية مقدسة به يسكن كل من الزوجين الى الآخر فتكون بينهما المودة والرحمة ، وتسمو العلاقة بينهما عن مجرد علاقة حيوانية مبناها الشهوة البهيمية فقط ، وهذا ظاهر في قوله تعالى : « ومن آياته إن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها ، وجعل بينكم مودة ورحمة ، ان في ذلك لآيات لقوم يتفكرون »^(١) وهذا السكون موجد للتمازج النفسي الذي عناه المولى جل وعلا في قوله : « هن لباس لكم وانتم لباس لهن » .

(٢) وبالزواج تتكون الأسرة ، والأسرة هي الوحدة الأولى التي يتكون منها المجتمع ، فما المجتمع الا مجموع أسر . وفي هذه الأسرة يتربى الفرد وتنمو فيه شتى الملكات التي توجهه في سلوكه الاجتماعي .

(٣) وما من شك في ان الزواج هو طريق الانسال المنظم ، فبه يكثر النسل فيعمر الكون ويحفظ النوع الانساني على أحسن وجه واثمه . وقد حث النبي ﷺ على طلب النسل بالزواج . فعن معقل بن يسار ان رجلا جاء الى النبي ﷺ فقال : « انى اصبت امرأة ذات حسن وجمال وحسب ومنصب ومال ، وانها لا تلد ، أفأتزوجها ؟ فقال : لا ، ثم اتاه الثانية ، فنهاه ثم اتاه الثالثة ، فقال : « تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم » . رواه أبو داود والنسائي^(٢) .

(١) سورة الروم ، آية رقم ٢١ .

(٢) فتح القدير ج ٢ ص ٤٣ - محمد يوسف موسى ص ٣٩ - محمد أبو زهرة ص ١٨ ، ١٩ .

ولا يمكن بحال ان يحصل حفظ النوع الانساني على الوجه السليم بغير الزواج ، فالنسل بغير الزواج لا يحيى حياة انسانية رفيعة تتفق مع الانسانية الحقّة وتبتعد عن مجرد البهيمية ، وفضلا عن ذلك فالولد في ظل الأسرة غيره من غير أسرة ترعاه وتحفظ عليه كرامته وانسانيته وتربى فيه ما يرفعه الى مدارج الكمال الانساني بعيدا عن حضيض الحيوانية .

٤) والزواج راحة للطرفين : فالمرأة تجد فيه تأمينا لرزقها فتتفرغ لبيتها وأولادها وسعادة زوجها فتنتج للمجتمع ما يحيله الى مجتمع ترفرف عليه السعادة والهناءة . والرجل يستريح بالزواج فيسعى في الأرض لجلب الرزق الحلال لأهله وهو موقن ان لديه واحة خضراء وارفة الظلال سياوى اليها في هجير الحياة ، ويكون له في ذلك السكون والراحة التي تؤهله لمزيد من الجهاد في سبيل حفظ نفسه وأهله وتعمير الكون . وليست متاعب الحياة الزوجية وتكاليفها بالنسبة للزوجين الا ضريبة الانسانية الرفيعة وتكاليفها التي لا يكون بدونها تدرج نحو الكمال الانساني .

٣ - ولهذه المعاني السابقة وغيرها حض الاسلام على الزواج ورغب فيه ، ودعا اليه الشباب :

فالقرآن الكريم حض على الزواج وبين مقاصده الرفيعة . يقول الله تعالى : « ومن آياته ان خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها ، وجعل بينكم مودة ورحمة ، ان في ذلك لآيات لقوم يتفكرون » (١) وقال جل شأنه : « والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ، ورزقكم من الطيبات ، اقبال باطل يؤمنون ، وبنعمة الله هم يكفرون » (٢) .

والرسول عليه الصلاة والسلام حض على الزواج كذلك :

(١) سورة الروم ، آية رقم ٢١ .

(٢) سورة النحل ، آية رقم ٧٢ .

فعن ابن مسعود ان الرسول ﷺ قال : « يا معشر الشباب ، من استطاع الباءة فليتزوج ، فإنه أغض للبصر ، وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم ، فإنه له وجاء » (١) .

وقد روى أن النبي ﷺ قال « الدنيا متاع ، وخير متاعها المرأة الصالحة » . وعن ابن عباس ان النبي ﷺ قال « الا اخبركم بخير ما يكنز الله ؟ المرأة الصالحة ، اذا نظر اليها سرته ، واذا غاب عنها حفظته ، واذا أمرها اطاعته » .

وعن انس ان نفرا من اصحاب الرسول ﷺ قال بعضهم لا اتزوج ، وقال بعضهم : اصلى ولا انا ، وقال بعضهم : اصوم ولا افطر . فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال : « ما بال اقوام قالوا كذا ، وكذا ، لكنى اصوم وافطر ، واصلى وانا ، واتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني » .

(١) هذا حديث مجمع عليه . والباءة : المراد بها تكليفات النكاح من اعداد البيت والانفاق عليه . والوجاء : اصله من وجأ بمعنى قطع ، فالصوم يقطع الشهوات لانه يقوى الارادة ويسبغ الروحانية على النفس .

المبحث الثالث

الوصف الشرعي للزواج

٤ - المراد بالوصف الشرعي ما يسمى في اصطلاح الاصوليين بالحكم التكليفي فيقال مثلا ان حكم الزواج الوجوب وحكم البيع الاباحة وحكم الميسر الحرمة وهكذا . .

٥ - وحكم الزواج بالمعنى السابق يختلف باختلاف حال المكلف من حيث قدرته المالية واستعداداته الجسمي والخلقي . فليس له حكم واحد يشمل جميع المكلفين بل ترد عليه احكام مختلفة :

(١) فقد يكون الزواج فرضا . وهذا اذا كان المكلف قادرا على نفقات المنزل ، وعلى العدل مع أهله أن تزوج ، وهو في نفس الوقت متأكد من الوقوع في الزنى اذا لم يتزوج . وأساس ذلك ان ترك الزنى فرض وعدم التزوج يوقع فيه هنا حتما فلزم الزواج حتى لا يقع المكلف في هذه الجريمة ما دام انه ليس في ذلك ظلم لاحد . ويكون الزواج فرضا لان من المعروف ان ما لا يتحقق إلفرض الا به فهو فرض .

(٢) وقد يكون الزواج واجبا اذا كان المكلف قادرا على تكاليفه وعلى العدل مع أهله وكان يخشي ان يقع في الزنى اذا لم يتزوج . ومعروف ان الالتزام هنا دونه في الفرض اذ الواجب اقل درجة من إلفرض عند فقهاء الحنفية (١) .

(١) جمهور الفقهاء لا يفرقون بين الواجب والفرض . فما طلب من المكلف فعله على سبيل الالتزام يسمى واجبا او فرضا . وعند الحنفية ان إلفرض هو ما طلب من المكلف فعله على وجه الالتزام وكان ثابتا بدليل قطعي الثبوت وقطعي الدلالة والواجب هو المطلوب من المكلف فعله على وجه الالتزام وكان الطلب ثابتا بدليل ظني الثبوت أو ظني الدلالة .

٣) وقد يكون الزواج حراما ، وهذا اذا كان المكلف غير قادر على تكاليف الزواج او يتقن انه سيظلم زوجته ولا يقوم بحقوق الزوجية وواجباتها اذا تزوج . وسبب كون الزواج حراما هنا ان فيه اضرارا بالزوجة ، والحديث يقول : « لا ضرر ولا ضرار » فالاضرار بالزوجة حرام ومن ثم يكون ما يوصل اليه حراما . لكن حرمة الزواج هنا ليست لذاته بل لغيره لانه يؤدي الى الحرام .

٤) وقد يكون الزواج مكروها وذلك اذا غلب على ظن المكلف انه يقع في الظلم ان تزوج . فالكراهة هنا خشية ان يؤدي الزواج الى الظلم المتوقع .

٥) واذا كان المكلف في حال الاعتدال بمعنى انه لا يقع في الزنى اذا لم يتزوج ولا يخشاه ، كما انه لا يظلم اهله اذا تزوج ولا يخشي ذلك فان الفقهاء اختلفوا في الوصف الشرعى للزواج في هذه الحالة .

(أ) فجمهور الفقهاء ومعهم الحنفية يرون أن الزواج هنا مندوب بمعنى انه مطلوب من المكلف لكن ليس على سبيل الحتم . وتعبير بعض الفقهاء بانه سنة مؤكدة لا يخرج به عن حيز المندوب ، لان هناك تساهلا في التعبير ، فقد يطلق لفظ المستحب أو المندوب ويراد به السنة ، كما قد يطلق لفظ السنة ويراد به ما هو مستحب أو مندوب ، فهناك تقارب في المعنى بين هذه الكلمات .

(ب) وهناك رأى بان الزواج في الحالة التى نحن بصدددها مباح وليس بسنة أو مندوب ، وهذا هو رأى الشافعى .

(ج) ومذهب الظاهرية على ان الزواج هنا فرض على القادر على الانفاق على زوجته .

وقد استدلل لرأى الشافعى بان النصوص عبرت في كثير من الاحيان عن الزواج بالحل ، وهذا في معنى الاباحة . من ذلك قوله تعالى : « واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم محصنين غير مسافحين » (١) . وما دام ان لفظ الحل في معنى الاباحة فلا يتأتى ان يدل على الوجوب ولا على الندب (٢) .

(١) سورة النساء آية رقم ٢٤ .

(٢) **المباح** : هو ما لم يطلبه الشارع ولم يمنعه . **والمندوب** : هو ما طلبه الشارع من غير تحميم او الزام . **والواجب** : هو ما طلبه الشارع والزم به ، ولكن ثبت بدليل ظنى فيه شبهة . **والفرض** : هو ما طلبه الشارع والزم به ، =

وان الزواج من جنس الاعمال الدنيوية مثل الاكل والشرب ، وفيه قضاة الشهوة ، وهو مما يميل اليه الطبع ، فمن يقوم به انما يعمل لنفسه ، وذلك من خواص المباح .

ومما استدل به لرأى الظاهرية ان النصوص وردت في الزواج بصيغة الأمر . ومنها قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » (١) وقوله « فانكحوا الايامى منكم » (٢) ومنها قول الرسول ﷺ : يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج فهذه كلها نصوص وردت في صيغة الأمر الدال على الفرضية ولم يرد ما يفيد ان الأمر مقصود به غير ذلك فتكون دالة على الفرضية .

ومما سيق لتدعيم رأى الظاهرية ان الانسان ولو كان في حال الاعتدال عرضة للزنى ، ومن الواجب عليه ان يحتاط لنفسه بالزواج فكان مطلوبا طلبا لازما .

ومما استدل به لرأى الجمهور ان الطلب الوارد في بعض النصوص للندب لا للالزام . ومن ذلك ان حديث : « يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج فانه اغض للبصر واحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم ، فانه له وجاء » . يدل على انه ليس مطلوبا طلب حتم والزام ، لانه ﷺ طلب من غير القادر على نفقات الزواج ان يعصم نفسه بالصوم ، وليس هذا شأن الطلب على سبيل الحتم والالزام .

= وثبت فيه الطلب بدليل قطعى لا شبهة فيه . **والمحرم** : هو ما ثبت النهى عنه بدليل قطعى لا شبهة فيه . **والمكروه** : هو ما نهى الشارع عنه لكن النهى عنه ثابت بدليل ظنى فيه شبهة . فهو يقابل الواجب . كما ان المحرم مقابل للفرض . (الاحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة ، هامش رقم / ١ ص ٢١) . وقد سبق القول ان الجمهور لا يفرقون في هذا المجال بين الفرض والواجب بينما يفرق الحنفية بينهما ، فيقولون ان الطلب في الفرض ثابت بدليل قطعى وان الطلب في الواجب ثابت بدليل ظنى .

(١) سورة النساء آية رقم ٣

(٢) سورة النور آية رقم ٣٢

كما ان بعضا قليلا من الصحابة لم يتزوج ولم ينكر النبي ﷺ عليهم ذلك ، ولو كان الزواج فرضا لفعل .

والزواج لم يرد من بين الفروض التي اتت بها الشريعة ، والدين وصل إلينا كاملا . يقول جل وعلا : « اليوم أكملت لكم دينكم واتممت عليهم نعمتي ، ورضيت لكم الاسلام ديناً » (١) . ولو كان الزواج فرضا لازما لكان من بين الفروض في هذه الشريعة ، الأمر الذي لم يحصل ، فليس الا انه ليس فرضا في كل حال .

ومما يرد به الجمهور على الشافعية ان النبي ﷺ داوم على الزواج حتى قبض ولو كان التخلي عنه الى النوافل أفضل لفعل . كما انه طريق لصيانة النفس عن الفحشاء والمنكر والقيام على شئون الأهل والولد ، وهذا كله يفضل القيام بالنوافل .

ورأى الحنفية والجمهور هو الصحيح .

ويجدر القول بأن حال الاعتدال التي نحن بصدها هي الغالبة وغيرها من الأحوال أمور طارئة عارضة لبعض الأشخاص . ولهذا تعتبر حال الاعتدال هي الأصل في موضوع حكم الزواج شرعا ، فيقال : ان حكم الزواج النذب وهذا على قول الجمهور .

٦ - بقيت حالة قد يثور فيها السؤال ، ما حكمها ؟ وهي تلك الحالة التي يتيقن المكلف فيها انه سيقع في الزنى اذا لم يتزوج وانه سيقع في ظلم زوجته اذا تزوج . يغلب جانب الفرض فيتزوج ام يغلب جانب الحرمة فلا يتزوج . لا شك ان المحرم لا يبيح المحرم . فهذا المكلف عليه شرعا الا يظلم زوجته اذا تزوج والا يقع في الزنى اذا لم يتزوج . فعليه ان يجاهد النفس لكي يعدل مع زوجته اذا اختار الزواج . وعليه يجاهد نفسه ويكبح جماح شهوته اذا اختار عدمه . ويدل على ذلك قوله تعالى : « وليستغف الذين لا يجدون تكاحا حتى يغنيهم الله من فضله » (٢) . ومعنى :

(١) سورة المائدة آية رقم ٣ .

(٢) سورة النور آية رقم ٣٣ .

وليسستعفف ان يجتهد في طلب العفة ومجاهدة شهوته . ولعل الرسول ﷺ يشير الى هذا المعنى أيضا في الحديث الشريف : « يا معشر الشباب : من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء » . وما من شك في ان الصوم في هذه الحالة مذهب للنفس مضعف للشهوة البهيمية مقو للنورانية في الانسان . وبهذا الهدى النبوى يمكن للانسان ان يجاهد نفسه ويكبح جماح شهواته (١) .

(١) يراجع في صفة الزواج شرعا : بدائع الصنائع للكاسانى جزء / ٢ ص ٢٢٨ ، ٢٢٩ - الدر المختار وحاشية ابن عابدين جزء / ٣ ص ٦ ، ٨ طبعة ثانية سنة ١٣٨٦ هـ . سنة ١٩٦٦ م . تصوير دار الفكر ببيروت سنة ١٣٩٩ هـ سنة ١٩٧٩ م . - فتح القدير جزء / ٢ ص ١٠٠ وما بعدها - المحلى لابن حزم جزء / ٩ ص ٤٤٠ .
وراجع كذلك الأحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة ص ٢١ وما بعدها فقرة ٦١ - أحكام الأحوال الشخصية للدكتور محمد يوسف موسى ص ٤٠ فقرة ٤١ - أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية لعمر عبد الله ص ٢٠ وما بعدها (م ٢ - الأحوال الشخصية)

الفصل الثاني

الخطبة او مقدمات العقد

٧ - كل عقد له خطر تسبقه مقدمات .

وليس اخطر من عقد الزواج ولا ابعد منه اثرا في حياة الانسان ، فهو العقد الذى به يلتقى الرجل بالمرأة على الوجه المشروع ويكونان أسرة . والاصل فيه انه دائم الى نهاية الحياة . فكان لابد من مقدمات لهذا العقد .

٨ - ومقدمات عقد الزواج تسمى شرعا بالخطبة ، ومعناها طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها والتقدم اليها وذويها والمفاوضة في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه (١) .

ويجب لصحة الخطبة ان يكون كل من الطرفين على علم تام قاطع او ظن راجح بحال العاقد الاخر وما عليه من عادات واخلاق . ووسيلة ذلك التحرى والبحث .

ويجب ايضا ان يكون كل من الطرفين على علم بخلق الطرف الآخر وتكوينه الجسمي . ووسيلة ذلك هي الرؤية ، لهذا اباح الشارع الاسلامي للرجل ان ينظر الى من يريد ان يتزوجها ، وليس ذلك فقط بل حيب ذلك له ونلب اليه .

خطب المغيرة بن شعبه امرأة ليتزوجها فقال له الرسول ﷺ : « انظرت اليها ؟ » قال : لا ، فقال عليه الصلاة والسلام « انظر اليها فانه احرى ان يؤدم بينكما » .

(١) ليس معنى ما ذكر في الصلب ان الخطبة شرط لصحة النكاح فمن المسلم انه لا يشترط لصحة عقد الزواج ان يسبقه خطبة (محكمة كرموز الشرعية في ٧ / ٨ / ١٩٣٢ المحاماة الشرعية ص ٤ رقم ١٣ ، ص ٦٥٩) .

والقدر الذى يجوز للرجل ان يراه ممن يريد خطبتها هو الوجه والكفان
والقدمان ، ولا يتجاوز ذلك عند الحنفية فان به تقع الكفاية ، فلا محل لزيادة
غير لازمة .

واجاز البعض تجاوز القدر السابق في حين منع اخرون النظر الى
القدمين واليدين .

ولما كان النظر الى الاجنبية من غير داع محرما فانه يباح للضرورة ،
وهذه الضرورة تقدر بقدرها ، فيجب ان يوقف عند القدر الذى يكفى الخاطب
لتعرف ما يريد من مخطوبته . والوجه واليدين والقدمان فيه الكفاية ، لان
الوجه يدل على ما لصاحبه من جمال الخلقة ولأن الكفين والقدمين فيها دلالة على
حالة الجسم من نحافة أو امتلاء .

والرؤية لا تكون في خلوة ، لان الخلوة ممنوعة شرعا ، فالحديث يقول :
« لا يخلون رجل بامرأة فان ثالثهما الشيطان » . ولم يرد من الشارع
مبيح للخلوة في رؤية الخاطب لمخطوبته ، فينبغى ان يبقى الامر بالنسبة
للخلوة على التحريم . وعلى ذلك يكون اجتماعهما مع حضور محرم لها من
اقاربها كابيها او اخيها او عمها

ويجوز ان يتكرر النظر والاجتماع بالمخطوبة اذا كان ذلك لازما
للتأكد مما هي عليه حتى لا يقع فيما لا يريد بالنسبة لشريكة حياته المستقبلية .

وليس ما تقدم خاصا بالرجل ، بل يجوز للمرأة النظر الى خاطبها
فهذا اشد لزوما لها ، لانها اذا تزوجته بدون رؤيته فوجدت فيه ما ينفرها
منه فانها لا تستطيع الفكك من الزوجية ، بخلافه ، اذ الطلاق اصلا بيد الرجل
لا بيد المرأة . وعدم نص حديث المغيرة بن شعبة على الرؤية بالنسبة
للمرأة لا يعارض ان لها الرؤية مثل الرجل . وانما كان النص على اباحة
نظر الرجل الى المرأة في هذا الحديث دون النص على العكس ، لان المرأة
تستطيع النظر الى الرجل فحياته مبتهاا الظهور والبروز في شتى الاماكن
بخلاف المرأة فان القاعدة قرارها في البيت .

٩ - وقت الرؤية : تكون الرؤية عند الخطبة .

وقد روى عن الامام الشافعي انه يفضل كونها قبلها وعند نية الزواج بالمخطوبة حتى اذا راقته اقدم على خطبتها فزواجهما ، واذا لم يكن ذلك احجم فلا يكون هناك احراج للمخطوبة ولا لاهلها ولا جرح لكبيرائها ، وهذا اليق. واحسن . وطبيعي انه يكون خفية او فجأة من غير ان تعلم المخطوبة ولا اهلها من الامر شيئا (١) .

١٠ - من تجوز خطبتها من النساء : - يجب ان تكون المرأة المراد خطبتها صالحة للزواج بالخاطب في الحال ، لان الخطبة ليست الا وسيلة للزواج فاذا كان زواج المخطوبة بالخاطب ممتنعاً فان الخطبة لا تجوز .

وعلى ذلك يجب في المخطوبة الا تكون محرمة على الخاطب حرمة مؤبدة. لو مؤقتة . ويقتضي هذا بيان المحرمات مؤبداً او مؤقتاً من النساء ، وهذا امر سنخصه بالبيان ان شاء الله .

ويكفي هنا القول بانه لا تجوز خطبة من كانت محرمة على الخاطب مؤبداً كعمته او خالته او اخته من النسب او الرضاع او من كانت زوجة لايه . وحرمة الخطبة هنا مؤبدة لان حرمة الزواج بهؤلاء مؤبدة فلا يكون للخاطب ان يخطب واحدة منهن في اي وقت من الاوقات .

واذا كانت الحرمة مؤقتة ، كالشركة او زوجة الغير او معتدته فانه يحرم عليه ان يخطب واحدة منهن ما دام سبب التحريم قائماً ، فاذا زال السبب ارتفع التحريم وكان له ان يخطب منهن . كان تسلم الشركة او يتيق ديناً سماوياً آخر ، أو تطلق زوجة الغير وتنقضي عدتها منه .

(١) راجع البدائع جزء ٥ / ص ١٢٢ - تكملة فتح القدير جزء ٨، ص ٩٩ - نهاية المحتاج جزء ٦ ص ١٨٣ - المغنى لابن قدامة جزء ٦ / ص ٥٥٢ - المحلى لابن حزم جزء ١٠ / ص ٣٠ ، ٣١ .

والمعتدة هي التي تنتظر بعد الفرقة بينها وبين زوجها المدة التي حددها الشارع بدون أن تتزوج زوجا آخر . وقد تكون الفرقة بين الزوجين بسبب وفاة الزوج فهي تتربص بعد الوفاة مدة تسمى عدة الوفاة . وقد تكون الفرقة بسبب الطلاق ، سواء كان رجيا أو بائنا بينونة كبرى أو صغرى (وسيأتى بيان ذلك واحكامه عند الكلام عن الطلاق) ، فهذه تكون معتدة طلاق .

ومعتدة الطلاق سواء كان رجيا أو بائنا لا تحل حال العدة للزواج فهي في حكم المتزوجة ويكون لمطلقها في الطلاق الرجعى ان يراجعها حال العدة ولو بغير رضاها ويكون ذلك من غير عقد ولا مهر جديدين ، فالزوجة باقية في عدة الطلاق الرجعى . وفي الطلاق البائن ، سواء كانت البينونة كبرى أو صغرى ، تبقى بعض اثار الزوجية، ومنها النفقة والقرار في منزل المطلق .
فلهذا كله يحرم التقدم لخطبة مطلقة الرجعى أو البائن : ويستوى في التحريم ان تكون الخطبة بالتصريح أو بالتلميح (١) .

ويستثنى من قاعدة عدم جواز خطبة من لا يجوز التزوج منها حال الخطبة - معتدة الوفاة ، فمع انه لا يجوز حال قيام العدة التزوج بها ، فحكمها في ذلك حكم كل معتدة - الا انه يجوز شرعا خطبتها لكن تعريضا لا تصريحاً . وسند ذلك قوله تعالى : « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو اكننتم في أنفسكم » (٢) . ومراد المولى عز وجل بالنساء في هذه الآية الكريمة المعتدات لوفاة أزواجهن ، وهذا هو ظاهر الآية لانها جاءت بعد آية « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة اشهر وعشرا » . ويفهم من نفي الاثم والجناح في التعريض بخطبة معتدات الوفاة ان الخطبة بهذه الوسيلة غير ممنوعة . كما انه يفهم من تخصيص التعريض في الخطبة بعدم الجناح ان الخطبة بطريق التصريح فيها جناح واثم فلا تجوز (٣) .

(١) عند الشافعية يجوز خطبة معتدة البائن تعريضا لا تصريحاً ، ومثلها في ذلك عندهم مثل المعتدة من وفاة (نهاية المحتاج جزء ٦ / ص ١٩٨ ، ١٩٩) .

(٢) سورة البقرة ، آية رقم ٢٣٥ .

(٣) عمر عبد الله ص ٣٢ - محمد أبو زهرة ص ٢٨ ، ٢٩ .

والحكمة في اختلاف الحكم بين معتدة البائن والمعتدة من وفاة ان معتدة الوفاة انقطع الحمل بينها وبين زوجها المتوفى الى الابد بخلاف معتدة البائن فالمطلق موجود ويحتمل أن تعود اليه بعقد ومهر جديدين في احوال ، فالإقدام على خطبتها في العدة فيه اعتداء على المطلق ، مما قد يؤدي الى النزاع والبغضاء بينه وبين الخاطب . ومن ناحية اخرى فالمطلقة طلاقا بائنا في اغلب الاحيان تعتد بالحيض وقد تكون بها رغبة من الزواج بمن تقدم لها فتدعوها هذه الرغبة الى ان تقر بانقضاء عدتها بالحيض ثلاث مرات ومن المقرر ان القول في انقضاء العدة بالحيض هو قول المرأة ما دامت المدة بين الطلاق والاقرار بالانقضاء تحتمله ، فيؤخذ بقولها وهي في الحقيقة ما تزال في العدة ، فناسب هذه الحالة ان تمنع الخطبة للمعتدة في الطلاق البائن ما دامت في العدة ، فلا تكون لا بالتصريح ولا بالتعريض ، بخلاف المعتدة للوفاة فان عدتها تنقضي بوضع الحمل ان كانت حاملا ، والا فبمضي اربعة اشهر وعشرة ايام . فانقضاء عدتها له امد معلوم محدد من الشارع مقدما ، ولا يكون لاقرارها بالانقضاء اثر في هذا السبيل ، فلم يكن في خطبتها ما يخشي من خطبة معتدة البائن . وأخيرا فان معتدة الطلاق البائن تلزم منزل الزوجية شرعا حال العدة ، فلا تخرج منه ولا يدخل عليها احد فيه من غير اذن مطلقها ، فلا سبيل لرؤية الخاطب لها والخطبة تقتضي الرؤية .

والفرق بين التصريح والتعريض ان الاول يكون بعبارة صريحة في طلب التزوج وإظهار الرغبة فيه ولا تحتل غير هذا المعنى . اما التعريض فيكون بذكر عبارات ليس مقصودا منها معناها الظاهر ، والمعنى المقصود وهو الخطبة غير ظاهر ولكن يفهم من اشارات القول والقرائن .

ومثال التصريح ان يقول لها : انى اريد ان اتزوجك .

ومثال التعريض ان يقول لها : انى اريد ان اتزوج امرأة جميلة ، أو انى راغب في الزواج . ومن الامثلة المهذبة في التعريض ان سكيئة بنت حنظلة قالت : « استاذن على محمد بن على بن الحسين ، ولم تنقض عدتي من مهلك

زوجي ، فقال : (قد عرفت قرابتي من رسول ﷺ ، وقرابتي من علي ، وموضعي في العرب) . قلت : غفر الله لك يا ابا جعفر ، انك رجل يؤخذ منك ، تخطبني في عدتي قال : (انما اخبرتك بقرابتي من رسول ﷺ ، ومن علي) (١) .

١١ - ولا تجوز ايضا خطبة امرأة سبق آخر في خطبتها ، لكن ديانة لا قضاء .

وسند ذلك ما رواه البخاري والنسائي أن رسول ﷺ قال : « لا يخطب الرجل على خطبة اخيه حتى ينكح او يترك » . وما رواه مسلم عن عقبة بن عامر ان رسول ﷺ قال : « المؤمن اخو المؤمن ، فلا يحل للمؤمن ان يبتاع على بيع اخيه ، ولا يخطب على خطبة اخيه ، حتى يذر » .

والاحوال في هذا الخصوص ثلاثة :

(١) فاما ان تكون المرأة قد قبلت الخطبة ، فهنا يجب اتفاقا الا يتقدم خاطب جديد لخطبتها لما في ذلك من اعتداء على الأول .

(٢) واما ان تكون رفضتها ، فهنا كذلك يجوز اجماعا للخاطب الجديد ان يتقدم للخطبة لان المرأة ليست مخطوبة لآخر ، وليس لمن رفضت خطبته حق حتى يحجم الخاطب الجديد عن الخطبة مراعاة لهذا الحق .

(٣) واما ان تكون المرأة مترددة بين الرفض والقبول . وفي هذه الحالة اختلفت الاراء : ففريق من أهل الفقه على عدم جواز تقدم الجديد بالخطبة في هذه الحالة لان التقدم يتضمن اعتداء على الخاطب الأول وربما تقبل خطبته ، ومن هذا الفريق أكثر الحنفية .

وفريق على انه يجوز للخاطب الجديد التقدم للخطبة ، لان الخاطب الأول لم يترتب له حق ، فلم تقبل خطبته بعد فيأخذ الامر حكم الرفض .

(١) محمد أبو زهرة ص ٢٩ - عمر عبد الله ص ٢٥ ، ٢٦ .

ويلاحظ ان الجواز وعدمه في هذه الحالات امر ديني لا يتعلق به قضاء . وعلى ذلك فاذا اقدم شخص على خطبة امرأة سبق ان خطبت لآخر ثم تزوجها فان الزواج صحيح وان كان يائس لذلك . وهذا هو مذهب الجمهور .

وقال داود الظاهري ان من يخطب على خطبة اخيه يكون زواجه بناء على هذه الخطبة غير صحيح ويفسخ . فالنهي منصب على النكاح وليست الخطبة الا وسيلة له ويستوى في الفسخ ان يكون قد دخل بها او لم يدخل .

ومالك رويت عنه اقوال ثلاثة : احدها مذهب الجمهور والثاني مذهب الظاهرية المار - والثالث هو ان الزواج يفسخ ان لم يكن قد حصل دخول ، اما اذا كان قد دخل بها فان العقد يتأكد بالدخول ولا يفسخ ، ويائس فقط (١) .

٢٢ - اثر الخطبة : ليست الخطبة عقدا يلتزم فيه الطرفان قبل بعضها بالتزامات لها قوة الالتزام . وغاية ما يمكن ان يقال في الخطبة اذا تمت انها وعد بعقد .

ولكل من الطرفين العدول عن هذا الوعد وعدم المضي في ابرام عقده الزواج ، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء ، لان القول بغيره يترتب عليه ان الزواج قد ينعقد في احيان بدون رضا الطرفين أو احدهما ، وليس هذا شأن عقد الزواج لما له من خطر ، والمصلحة توجب اعطاء كل من الطرفين التحلل من الخطبة اذا جد ما يدعو لذلك (٢) .

(١) محمد ابو زهرة ، ص ٣٠ ، ٣١ ، فقرة ٢١ . محمد يوسف موسى ص ٤٥ ، ٤٦ .

(٢) محمد ابو زهرة ص ٣١ ، ٣٢ ، فقرة ٢٣ . وفيه ان في بعض اقوال للامام مالك ان الوعد يجب الوفاء به قضاء ، لكن هذا لا يجري على الخطبة لان الوفاء بهذا الوعد يقتضي ان يبرم الزواج بالنسبة لشخص لا يرضي عنه . =

١٣ - لكن ما الحكم فيما يكون قد قدم من المهر أو من الهدايا ، وهل يلزم التعويض ان تسبب عن العدول ضرر ؟ .

١٤ - **المهر** : اذا كان الخاطب قدم لمخطوبته المهر أو جزءا منه وحصل عدول عن الخطبة فله ان يسترد ما دفع على انه مهر ، لان المهر من احكام عقد الزواج ، والزواج لم يتم ، فكان له ان يسترد ما دفع بهذه الصفة . وعلى ذلك فهو يسترد عين ما دفع ان كان قائما ، واذا لم يكن قائما بعينه فانه يسترد مثله ان كان مثليا ، وقيمته ان كان قيميا .

١٥ - **الهدايا** : اذا قدم احد الطرفين للآخر هدايا حال الخطبة وعدل عنها فان هذه الهدايا تأخذ حكم الهبات . ومذهب الخنفية على ان الهبة يجوز الرجوع فيها الا لمانع من موانع الرجوع في الهبة (١) .

= وانظر أيضا : الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية لزكي الدين شعبان ، منشورات الجامعة الليبية ص ٧٦ . وفيه أن هناك رأيا لابن شبرمة وهو أحد اقوال أربعة في مذهب المالكية مقتضاه أن الواعد يلزمه الوفاء بالوعد ويجبر على ذلك بواسطة القضاء . ومقتضي هذا الرأي أنه لا يجوز للخاطب أو المخطوبة أن يعدل عن الخطبة وانهما اذا عدلا أو عدل أحدهما لا يترتب على هذا العدول فسخ الخطبة ويلزمهما الاستمرار فيها وإبرام عقد الزواج الا اذا وجد ما يمنع ذلك كالموت وعدم القدرة على التنفيذ .

ورأى الجمهور هو المعتبر لأنه المتفق مع الحكمة في الخطبة وهي الاختيار السليم ولأن الزام أحد الطرفين بإجراء العقد يتضمن الإكراه وهو مالا يجوز في الزواج الذي يفترض فيه أنه عقد أبدي مما يوجب أن تكون الحرية في انشائه أوسع مجالا مما في غيره من العقود والارتباطات .

ملحوظة : نصت المادة الاولى من قانون حقوق العائلة المطبق في لبنان على انه : « لا ينقذ النكاح بالهدية والوعد » . وهذا يفيد ان هذا القانون لا يعتبر الخطبة ، التي هي مجرد وعد بالزواج ، زواجا ولا يعطيها تبعا قوة الزام بالنسبة لعقد الزواج . وهذا هو مسلك الفقه .

(١) موانع الرجوع في الهبة : ١ - زيادة الموهوب . ٢ - موت أحد الطرفين . ٣ - العوض عن الهبة . ٤ - خروج الموهوب عن ملك الموهوب له . ٥ - الزوجية القائمة بين الواهب والموهوب له وقت الهبة . ٦ - القرابة المحرمة بينهما . ٧ - هلاك العين الموهوبة في يد الموهوب له .

وعلى ذلك فاذا كان ما اهدى قائما بذاته فانه يرد لمن اهداه من الطرفين . ولا يرد اذا قام مانع من موانع الرجوع في الهبة ، كان يكون طعاما واكل ، أو ملابس فخيطة .

وهذا هو مذهب الحنفية .

وجمهور الفقهاء على انه لا يجوز الرجوع في الهبة بعد قبضها . لكن بعضهم خالف في حكم الهدايا في الزواج :

فمالك رضي الله عنه يفرق :

(١) فان كان شرط بين الطرفين أو عرف متبع عمل بالشرط أو العرف ، لان المعروف عرفا كالمشروط شرطا .

(٢) واذا لم يكن شيء من ذلك : فان كان العدول من جهة الخاطب فلا يسترد من المخطوبة ما اهداه اليها ، وان كان قائما بعينه لذيها . وان كان العدول من جهتها فانه يرد ما اهدى اليها بعينه ، ويرد قيمته أو مثله ان هلك أو استهلك .

ومذهب الشافعي استرداد الهدايا ايا كان المهدي . فان كانت قائمة بذاتها ردت . وان كانت هالكة أو مستهلكة فانه يرد المثل أو القيمة حسب الأحوال^(١) .

(١) محمد أبو زهرة ص ٣٤ ، ٣٥ فقره ٢٥ - عمر عبد الله ص ٣٦، ٣٥ - حاشية ابن عابدين جزء ٢ ص ٣٧٤ ، ٣٧٥ - فتح القدير جزء ٢ ص ٤٨ . وفيما ذكر في الصلب تفصيل يحسن ايراده ذلك أنه يفرق :

في مذاهب الأئمة مالك والشافعي وأحمد في الهبات على الوجه الآتي :

١ - فما جرى العرف باعتباره من المهر يأخذ حكم المهر ومثالها (الشبكة) في مصر (والبيان) في ليبيا .

٢ - وما لا يعتبر من المهر عرفا ففيه :

ومذهب مالك في هذه المسألة هو الأقرب للعدالة ، لان يمتنضاه لا يجمع
من عدل بين ظلمه الطرف الآخر ورد ما اهدى اليه . ولا يجمع الطرف
الآخر بين الم العدول ورد ما اهدى اليه .

١٦ - وقد نصت المادة الثانية من قانون حقوق العائلة السارى في
لبنان على انه : « بعد تمام الوعد ، اذا امتنع احد الطرفين عن النكاح أو توفى
فللخاطب ان يسترد الاشياء التى اعطاها حسابا عن المهر عينا ان كانت قائمة ،
وبدلا ان تلفت . اما الاشياء التى اعطاها الطرفان لبعضهما بعضا هدية فتجرى
احكام الهبة بحقيها » .

وظاهر من هذا النص انه بالنسبة لما دفع من المهر يسترد عند العدول أو
الوفاة ، وهذا هو ما اجمع عليه أهل الفقه لان المهر من احكام عقد الزواج والعقد
لم يتم ، اذ الوعد لا يتم به عقد النكاح ، وهو نص المادة الاولى من قانون
حقوق العائلة : « لا ينعقد النكاح بالهدية والوعد » .

وبالنسبة للهدايا فان النص الذى نحن بصدد تطبيقه فى شأنها احكام
الهبة ، والمعروف عند الحنفية كما اسلفنا ان القاعدة جواز الرجوع فيها وأن
عدم الرجوع مختص بحالات معينة .

= أ - ان كان العدول من أحد الطرفين : فاما أن يكون بغير مقتضى وحينئذ
لا يسترد من عدل شيئا مما أهداه .

واما أن يكون بمقتضى وفي هذه الحالة يسترد ما أهداه عينا أو بدلا .
ويطبق ذلك في الحالتين ما لم يكن شرط أو عرف .

ب - وان كان العدول من الطرفين وبسبب من أحدهما فللمهدى
أن يسترد ما أهداه ان كان قائما أو قيمته يوم القبض ان كان هالكا أو مستهلكا
ما لم يكن شرط أو عرف ومعنى هذا أن المقصود بالمقتضى (السبب) .
لان من كان منه السبب هو الذى حال بمسلكة بين الآخر وبين الزواج .
واذا لم يكن ثمة سبب من أحدهما فلكل منهما أن يسترد القائم فقط
مما أهداه للآخر .

وان أنقضت الخطبة بالوفاة أو بعارض حال دون الزواج كجنون أحدهما
أو أسره لم يسترد شيئا من الهدايا لأن عدم الزواج ليس من جهة المتوفى
أو المجنون أو الأسير وانما هو للعارض مطلقا ومقتضى العدول لا يمكن ضبطه
أو حصره وهو متروك للقضاء يقدره حسب الملابسات والظروف في كل حالة على
أساس من الشرع والعرف .

١٧ - وقد حكم بأن :

١ - ما يقدم من الخاطب لمخطوبته مما لا يكون محلا لورود العقد عليه
يعتبر هدية .

٢ - والهدية كالهبة حكما ومعنى .

٣ - والهبة عقد تمليك يتم بالقبض وللموهوب له أن يتصرف في العين
الموهوبة بالبيع والشراء وغيره ويكون هذا التصرف نافذا .

٤ - وهلاك العين الموهوبة أو استهلاكها مانع من الرجوع في الهبة .

٥ - وإذا طلب الواهب رد العين الموهوبة فأبى الموهوب له ردها فلا تنقلب
يدها ضامنة بل ولو كان طلب الرد برفع الخصومة الى القضاء . وينبنى
على ذلك أن الدعوى بطلب رد العين ان كانت قائمة أو قيمتها ان كانت هائلة أو
مستهكلة دعوى غير مسموعة شرعا لأنه ليس للواهب الا طلب رد العين ان كانت
قائمة (١) .

وأن (الشبكة) هدية والهدية هبة والهبة لا ترد متى ثبت التصرف فيها .
وإذا كانت الشبكة مالا فاشترى به جهازا أو حليا استبدل بها غيرها اعتبر ذلك
تصرفا فيها هلاكا أو استهلاكا . ويجب رفض دعوى ردها ليكون ذلك درسا
للمتعجلين (٢) .

ولأنه إذا رفعت دعوى بطلب رد (شبكة) قدمت لتكون من المهر فمع هذا
لا مانع من ادعائها هدية . وإن الهدايا التي تقدم للمخطوبة تسرد بعينها متى
كانت قائمة (٣) .

(١) محكمة طنطا الابتدائية الشرعية المحاماة الشرعية ١٢/٧/١٩٣٣
س/٥٠١ ع ٢، ص ١٤٧ رقم ٥٤ .
(٢) محكمة كفر الشيخ المحاماة الشرعية ١٤/٤/١٩٣٤ س/١٠ ع ٢
ص ١٦٩ رقم ٤٤ .
(٣) محكمة بورسعيد الشرعية ٢٥/٢/١٩٣٣ المحاماة الشرعية س ٤
رقم ٢٥٢ ص ٧٩٤ - تأيد في الاستئناف .

١٨ - حكم التعويض : اذا عدل احد الطرفين عن الخطبة فلحق الطرف الآخر ضرر من هذا العدول ، سواء اكان الضرر ادبيا أو ماديا . هل يستوجب هذا العدول التعويض للمضروب أم لا ؟ .

قد تكون المخطوبة موظفة واستقالت بسبب الخطبة لكي تستعد للزواج بالخاطب ، وقد تكون اعدت الجهاز او بعضه ايضا ، وقد يكون الخاطب اعد مسكن الزوجية ، فهل يحكم بتعويض عن الاضرار في هذه الحالات وامثالها أم لا ؟ .

قيل بان الخطبة ليست عقدا ملزما وانه يمكن لاي من الطرفين العدول عنها في اى وقت ، وان هذا ليس الا استعمالا لحق مشروع لمن يعدل ، فلا يمكن مع ذلك ان يسأل تعويضا . وقد اعتنقت هذا الرأى بعض الاحكام وقالت انه لا ضمان على من استعمل حقه في العدول وان من يدعى حصول ضرر له من العدول كان يعرف مقدما ان العدول جائز للطرف الآخر فكان يجدر به ان يتدبر امره على هذا الاساس ، كما انه كان يستطيع قبل ان يقسم على ما قد يحصل له بسببه ضرر من الاعمال ان يطلب من الطرف الآخر حسم الامر بالزواج أو بعدمه . فضلا عن ذلك فالقول بالتعويض قد يؤدي الى الاجبار للاقدام على الزواج مع انه عقد يجب ان يباعد بينه وبين اى نوع من انواع الاجبار أو عدم الرضا .

وقيل بان العدول وأن كان حقا للخاطب الا انه قد يكون سببا في التعويض اذا اسيء استعماله ، لان الضرر يزال شرعا ، اذ المقرر في الحديث انه « لا ضرر ولا ضرار » . وسارت على هذا الرأى ايضا بعض المحاكم .

والاوفق ان يقال بالتعويض اذا كان لمن عدل عن الخطبة غير مجرد العدول دخل فيما اصاب الطرف الآخر من الضرر كان يكون طلب اعداد الجهاز فاعد أو يكون طلب منها ترك العمل فتركت ، أو تكون هي طلبت منه اعداد منزل الزوجية ففعل . ففي كل هذه الحالات وامثالها حصل ضرر بسبب فعل من عدل . وأساس التعويض هنا ليس المسئولية العقدية ، لكن المسئولية التقصيرية .

اما اذا كان الضرر ناشئا عن مجرد العدول غير المصحوب باى فعل سبب الضرر فارى انه لا تعويض هنا .

الفصل الثالث

أركان عقد الزواج وشروطه

المبحث الأول

أركان عقد الزواج

١٩ - ركن الشيء في الاصطلاح هو ما به قوام هذا الشيء ، ولا تتحقق ماهيته الا به لكونه جزءا منه ، كالركوع والسجود في الصلاة ، اما الشرط فهو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان خارجا عن حقيقته ، ومثل ذلك الوضوء بالنسبة للصلاة . فالركن اذن جزء من حقيقة الشيء ، والشرط خارج عن حقيقة الشيء ، وان كان يتوقف على وجود كل من الركن والشرط وجود الشيء شرعا ، بحيث تترتب عليه احكامه .

٢٠ - واركان عقد الزواج هي الايجاب والقبول ، فهو لا ينعقد الا بهما .

والايجاب هو ما صدر من أحد العاقدین اولا للدلالة على ارادته ان ينشيء العقد وعلى رضاه به . والقبول هو ما صدر ثانيا من العاقد الاخر للدلالة على موافقته وعلى رضاه بما اوجبه الاول بقصد اتمام العقد . . والذي صدر عنه الايجاب يسمى **الموجب** . والذي صدر عنه القبول يسمى **القابل** .

ويتكون من مجموع الايجاب والقبول العقد ، فهو عبارة عن ربط الايجاب بالقبول على وجه ينشأ عنه الزواج ، ويحصل ذلك بوقوع الكلام الثاني ، الذي هو القبول ، جوابا معبرا محققا لغرض الكلام الاول ، الذي هو الايجاب (١) .

(١) عمر عبد الله ص ٤٠ .

ملحوظة : نصت المادة ٣٥ من قانون حقوق العائلة على انه : « ينعقد النكاح بالايجاب والقبول في مجلس النكاح من الطرفين او وكيليهما » فهذه المادة تقنين للفقهاء في هذه المسألة ، فالرضا يتكون من تلاقي الايجاب والقبول وبهذا التلاقي ينعقد النكاح .

٢١ - الفاظ الايجاب والقبول : اتفق الفقهاء على ان الزواج ينعقد بلفظ **النكاح** كما ينعقد بلفظ **الزواج** ، ومثل هذين اللفظين مشتقاتهما ، لان هذين اللفظين يدلان على ما هو مقصود بعقد الزواج حقيقة بطريق الوضع لغة ، وقد استعملهما الشارع للدلالة على هذا العقد أيضا •

وفيما عدا هذين اللفظين ومشتقاتهما اختلف الفقهاء فيما ينعقد به الزواج من ألفاظ ، فضيق البعض وتوسع البعض الآخر :

فمن الفقهاء الذين ضيقوا النطاق الشافعي ، فقد وقف في هذا السبيل عند لفظي النكاح والزواج ومشتقاتهما ، فلم يجز حصول عقد الزواج بالفاظ أخرى ، ومما استدل به على هذا الرأي خطورة عقد الزواج وعمق اثاره فلا ينعقد الا بلفظ وضع للزواج ولا ينفع في ذلك مجاز ، كما ان هذا العقد خص بوجوب الاشهاد عليه لصحته ، والقرائن قد تخفى على الشهود •

أما الحنفية ، فقد توسعوا في الالفاظ التي ينعقد بها الزواج ، فضلا عن انعقاده عندهم بلفظ **الزواج** ، ولفظ **النكاح** ومشتقاتهما ، فانه ينعقد أيضا عندهم بكل لفظ يدل على تملك الأعيان في الحال بلا عوض ، مثل لفظ الهبة والصدقة ما دامت قد دلت القرائن على ان المقصود بها انشاء عقد الزواج • يدل على ذلك عندهم قوله تعالى : « وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان اراد النبي ان يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين » (١) • اما الالفاظ الدالة على تملك الأعيان في الحال بعوض ، مثل لفظ البيع فان فقهاء هذا المذهب اختلفوا في انعقاد الزواج بها ، والصحيح عندهم انعقاد الزواج بها مادام قد قصد بها معنى الزواج ودلت على ذلك القرينة • اما الالفاظ التي تفيد تملك المنفعة في الحال ، مثل لفظ **الإجارة** ، فان الخلاف قد قام أيضا بالنسبة لها عند فقهاء الحنفية ، لكن الصحيح عندهم ان الزواج لا ينعقد بها • اما غير ذلك من الالفاظ فلا ينعقد بها الزواج •

- ٣٢ -

واما مالك واحمد فقد توسط ، فان الزواج عندهما كما ينعقد بلفظ **الزواج** ، و بلفظ **النكاح** ، ومشتقاتهما ينعقد أيضا بالالفاظ التي تفيد تملك الأعيان في الحال بلا عوض ، كلفظة الهبة • ولا ينعقد عندهم الزواج بما يفيد تملك الأعيان في الحال بعوض كلفظ البيع ، ولا بغيره (١) •

٢٢ - حكم كون الالفاظ بلغة اعجمية :

اذا كان العاقدان او احدهما لا يفهم اللغة العربية ، فان الفقهاء على اتفاق ان الزواج ينعقد بغير العربية هنا •

واذا كانا يفهمان اللغة العربية ويستطيعان العقد بها فان الشافعي ذهب الى عدم انعقاد العقد بغير اللغة العربية اما الأئمة الثلاثة فقد اجازوا هنا أيضا انعقاد الزواج بغير اللغة العربية ، لان التكلم بغير اللغة العربية ليس محرما ، وقد تكون اللغة غير العربية هي لغة المتعاقدين ، كتركيبين وباكستانيين •

٢٣ - الانعقاد بالاشارة او الكتابة :

اذا كان احد العاقدين لا يستطيع الكلام ولا يعرف الكتابة ، فان الاجماع على ان العقد يجوز بالنسبة له بالاشارة المفهومة ، لأن هذه الوسيلة هي أوضح طريق للتعبير عن مراده •

واذا كان الذي لا يستطيع الكلام يعرف الكتابة فقد اختلف في حكمه الراى في المذهب الحنفى :

ففى رواية الأصل ان العقد لا يصح بالاشارة ويجب ان يحصل بالكتابة ، لأن الكتابة أكثر بيانا للمراد من الاشارة فلا يصار الى الاشارة مع التمكن من التعبير عن الارادة بطريقة أوضح • وهذه الرواية مرجحة عند كثير من الفقهاء •

(١) **القانون اللبناني** : نصت المادة ٣٦ من قانون حقوق العائلة على ان ، « الايجاب والقبول في النكاح يكون بالالفاظ الصريحة كانكحت وتزوجت » • وهذا من الشارح اللبناني اتجه نحو توضيح نطاق الفاظ النكاح بجعل الايجاب والقبول بالالفاظ الدالة على ارادة الزواج صراحة • وهو مسلك يتفق فيه كل الفقهاء ، ويتلاقى مع من ضيق هذا النطاق من الفقهاء ، ومنهم الشافعي •

وفي رواية الجامع الصغير ان العقد هنا يجوز بالاشارة كما يجوز بالكتابة
فكل منهما من أنواع الدلالات التي تقوم مقام الخطاب .

٢٤ - انعقاد الزواج بالمكاتبة وبالرسول :

اذا لم يكن الطرفان في مكان واحد فان الزواج يمكن ان ينعقد بالكتابة
لأن المشافهة متعذرة . وصورة ذلك ان يرسل اليها مثلاً خطاباً يقول لها فيه :
« تزوجتك » فاذا بلغها هذا الخطاب وقرأته على شاهدين وقبلت هي الزواج
في هذا المجلس واشهدت الشاهدين المذكورين على ذلك فان الزواج ينعقد ،
والمجلس الذي حصل فيه القبول مع قراءة الرسالة على الشاهدين هو
مجلس العقد .

ويمكن ان ينعقد الزواج أيضاً بالرسول . والذي قيل في الانعقاد
بالمكاتبة يقال هنا . ومجلس العقد هو المجلس الذي يدلى فيه الرسول
بالايجاب وتدلى فيه المرأة بالقبول بحضور الشاهدين .

٢٥ - صيغة الإيجاب والقبول :

الأصل في صيغ العقود في الفقه الاسلامي ان تكون بلفظ الماضي ، لأن
الالفاظ الماضية هي التي تدل على انشاء العقود لغة .

وقد استثنى عقد الزواج من بين العقود فأجيز ان ينعقد بلفظين :
احدهما للماضي والآخر للمستقبل أو الحال . فيجوز ان يقول الخاطب مثلاً
للمخطوبة : زوجيني نفسك ، فتقول هي : قبلت . أو يقول والد المخطوبة :
للخاطب : أزوجك ابنتي . فيقول الخاطب : قبلت .

وانما اجيز في الزواج ان يكون بصيغة المستقبل لأن الذي يمنع جواز
هذه الصيغة في العقود الاخرى هو احتمال المساومة ، وهذا بعيد عن الزواج
لأنه مسبوق بمقدمات تمنع احتمال المساومة وتعين ارادة الانشاء حالا .

(م ٣ - الأحوال الشخصية)

وصيغة الأمر فيها معنى التوكيل ، فإذا قال لها : زوجيني نفسك ، وقالت هي قبلت ، فكانه وكلها ، وهي انشأت العقد عنها وعنه بعبارتها هي . وعقد الزواج يجوز فيه أن يتولاه واحد عن الطرفين .

ويشترط في الصيغة أيضا كونها منجزة ، ليست معلقة على شرط ، ولا مضافة للزمن المستقبل . ذلك لأن عقد الزواج تترتب عليه أحكامه ، فور انشائه ، فلا تتراخي آثاره عن السبب الذي هو الصيغة . وهذا ينافي التعليق ، كما ينافي الإضافة :

فالصيغة المعلقة تفيد انشاء العقد في المستقبل عند وجود أمر قد يحصل وقد لا يحصل . والصيغة المضافة ينشأ بها العقد في الحال ، لكن تتراخي أحكامه لزمان مستقبل . فكلا التعليق والإضافة لا يتفق مع حقيقة الزواج الشرعية^(١) .

٢٦ - تولي واحد صيغة العقد :

الأصل في كل عقد أن يتولى انشاء عاقدان يكون من أحدهما الإيجاب ، ويكون من الآخر القبول . ولا يسوغ أن يتولى عاقد واحد انشاء العقد في العقود المالية إلا في أحوال استثنائية بحتة ، منها أن يبيع الأب لابنه الذي هو في ولايته أو أن يشتري منه .

واستثنى من القاعدة المتقدمة عقد الزواج ، فقد أجاز أن يتولاه عاقد واحد تقوم عبارته مقام عبارتي العاقلين .

والسبب أن حقوق الزواج ترجع إلى من يعقد الزواج عنه ، فمثلا يطالب الزوج بدفع المهر ، وتطالب الزوجة بالطاعة ، ولا يطالب بذلك من باشر العقد

(١) محمد أبو زهرة ص ٤٠ ، ٤١ ، ٤٢ ، وفيه في هامش صفحة ٤١ تحت رقم ١ أنه جاء في أعلام الموقعين ما يفيد أنه ورد عن الإمام أحمد جواز تعليق النكاح ، ففيه ما نصه : « نص الإمام أحمد على جواز تعليق النكاح بالشرط ، وهذا هو الصحيح » ج/٣ ص ٣٣٨ .

عن احدهما ، لان حقوق العقد لا ترجع اليه لكونه سفيرا ومعبرا عن يمثله في العقد ، فلا يستغنى عن اضافة العقد الى الاصيل ، وذلك بخلاف العقود الاخرى كعقد البيع مثلا ، فان العاقد فيه ترجع اليه الحقوق فيطالب بها ، فلو صح تولي واحد عقد البيع لكان مطالبا بتسليم المبيع الى المشتري وتسليم الثمن الى البائع فيكون مملكا ومتملكا في آن واحد ، وهذا امر لا يجوز (١) .

وقد يتولى العقد واحد عن الجانبين بصفته وليا عن الزوجين كالجد الذي يزوج بنت ابنه بابن ابنه الآخر ، وكلاهما في ولايته لموت ابويهما مثلا .

وقد يكون وكيفا عن الطرفين فيزوج بعبارة الواحدة موكلته من موكله في الزواج .

وواضح من هذين المثالين ان الولي أو الوكيل تولي العقد في كل حالة بصفة واحدة ، وهي في المثال الاول صفة المولى ، وفي الثاني صفة الوكيل .

وقد يكون وكيفا عن احد الطرفين واصيلا عن الآخر أو وكيفا عن طرف واصيلا عن الآخر ، وقد يكون وليا عن طرف ووكيفا عن الطرف الآخر .

وكون ان الزواج يجوز ان يكون من واحد فقط سنده احاديث واثار منها ما روى عن عقبة بن عامر ان النبي ﷺ قال لرجل : « اترضي ان أزوجه فلانة » ، قال : نعم . وقال للمرأة : « اترضين ان أزوجه فلانا » ، قالت : نعم . « فزوج أحدهما بالآخر » فالرسول ﷺ في هذا الزواج كان وكيفا عن الطرفين .

وعلى هذا الرأي أبو حنيفة ومحمد .

اما الشافعي وزفر فانهما لم يجيزا ان يتولى شخص واحد العقد من الجانبين بعبارة واحدة .

واما أبو يوسف فقد أجاز ان يتولى شخص العقد عن الطرفين ولو لم تكن له ولاية عليهما او على احدهما ، كفضولي يعقد عنهما او عن احدهما ، فان العقد يصح بعبارة ويوقف على الاجازة (١) .

٢٧ - تأييد الزواج :

يجب الا تكون صيغة الزواج دالة على التأقيت ، لأن عقد الزواج مقتضاه حل العشرة ودوامها واقامة الأسرة والبيت ، وهذا ينافيه التأقيت .
وبهذه المناسبة نتعرض في ايجاز لنكاح المتعة وللنكاح المؤقت .

٢٨ - نكاح المتعة : كان نكاح المتعة معروفا في الجاهلية . فقد كان الرجل اذا رغب في امرأة قال لها : اتمتع بك مدة كذا . . . بكذا من المال . وعلى ذلك فصورة عقد المتعة ان يقول لها : اتمتع بك مدة كذا بكذا من المال .

فلما جاء الاسلام رخص النبي ﷺ في المتعة في بعض غزواته لما اشتدت حاجة الناس اليها مع العزوبة . فعن سلمة بن الأكوع قال : « رخص رسول الله ﷺ عام أوطاس (٢) في المتعة ثلاثة أيام ثم نهى عنها ، رواه مسلم .

وقد روى نسخ المتعة في ستة مواطن بعد الترخيص بها ، آخرها حجة الوداع ، وثبت ذلك بطريقة تصل حد التواتر ، فنسخ المتعة في حكم المتواتر ، وعليه جماهير المسلمين سلفا وخلفا . قال البخاري : بين على رضي الله عنه عن النبي ﷺ ان نكاح المتعة منسوخ . كما اخرج ابن ماجة عن عمر باسناد صحيح انه قال في خطبة له « ان الرسول ﷺ اذن لنا في المتعة ثلاثا ثم حرمها . والله لا أعلم أحدا تمتع وهو محصن الا رجسته بالحجارة » . فهو قد اعطى للمتعة حكم الزنى . لذلك قال ابن رشد : ان الاخبار تواترت بتحريم المتعة (٣) .

(١) محمد ابو زهرة ٤٣ - ٤٥ وتمام الحجج فيه فليرجع له من شاء .

(٢) أوطاس : بفتح الهمزة وسكون الواو ، واد بديار هوازن كانت فيه غزوة بعد الفتح .

(٣) سبل السلام جزء / ٣ ص ١٧٧ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد جزء / ٢ ص ٥٧ ، ٥٨ .

وقد قال جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء ببطلان نكاح المتعة أصلاً
لنهى الرسول ﷺ عنه ، ولأنه لم يكن زواجا باجماع المسلمين حتى عند من
أجازوه . وقد قال تعالى « والذين هم لفروجهم حافظون ، الا على أزواجهم أو
ما ملكت أيماهم » . والمعتلود عليها في المتعة ليست زوجة باتفاق الجميع ،
حتى عند من يقولون بالمتعة ، فليس لها عندهم حقوق الزوجة من نفقة وارث^(١) .

وقد قال صاحب سبيل السلام في تعريف المتعة وبيان أهم احكامها ، نقلا
عن كتب الشيعة الامامية : « انها النكاح المؤقت بامد معلوم أو مجهول ، وغايته
الى خمسة واربعين يوما ، وان النكاح يرتفع بانقضاء المؤقت في منطقة الحيض ،
وبحيضتين في الحائض ، واربعة اشهر وعشر في المتوفى عنها زوجها . وحكمه :
أن لا يثبت لها مهر غير المشروط ، ولا تثبت لها نفقة ، ولا توارث ، ولا عدة ،
الا الاستبراء بما ذكر ، ولا يثبت به نسب ، الا ان يشترط ، وتحرم المصاهرة
بسببه »^(٢) .

(١) الشيعة الامامية الاثنا عشرية خالفوا جمهور الفقهاء وقالوا بحل
المتعة . وروى عن ابن عباس انه احل المتعة في مثل الحال التي اباحها الرسول
ﷺ أولا . وقد احتج المبيحون بخبر الحل ، ويقولون تعالى « فما استمتعتم به منهن
فأتوهن أجورهن » . ورد الاستدلال بان موضوعها الزوجات .

ومما رد به المانعون قول عمر رضي الله عنه : « لا أعلم احدا تمتع وهو
محسن الا رحمته بالحجارة » وقوله لابن عباس : « انك تائه » ان النبي ﷺ
تهى عن متعة النساء » وروى عن ابن عباس انه كف عن الافتاء بالحل (محمد
أبو زهرة ص ٤١ ، ٤٢ ، هامش رقم ٢ ص ٤١) .

والناس من عامة وخاصة في جميع الأزمان لا يفرقون بين المتعة والزنى .
روى أن المأمون في خلافته أمر أن ينادى بتحليل المتعة فدخل عليه ، فيمن دخل ،
يحيي بن أكرم فخلا به وخوفه من الفتنة وذكر أن الناس يرونه قد أحدث في
الاسلام بهذا النداء حدثا عظيما يثير العامة والخاصة ، اذ هم لا يفرقون بين
النداء باباحه المتعة والنداء باباحه الزنى . وبذلك تمكن من صرف المأمون
عن عزيمته .

(٢) سبيل السلام جزء ٣ / ص ١٦٦ .

- ٣٨ -

٢٩ - واما النكاح المؤقت : فهو الذى يكون بلفظ من الفاظ الزواج ، لكن يقترن بصيغته ما يدل على تأقيته بوقت محدود .
والجمهور على بطلان النكاح المؤقت ، لانه متعة أو في معنى المتعة ، فيأخذ حكمها .

وزفر لا يبطل النكاح المؤقت ، بل يصح عنده . ويلغو شرط التأقيب ، لانه شرط فاسد ، والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة (١) وسواء أخذ بما عليه الجمهور أو برأى زفر فانه لا يقوم زواج مؤقت اذ هو في الرأى الأول باطل وفي الثانى صحيح مؤبد .

(١) تنص المادة ٥٥ من قانون حقوق العائلة على أن : « نكاح المتعة والمؤقت فاسد ، » .

المبحث الثانى

شروط الزواج

٣٠ - شروط الزواج قد تكون شروط انعقاد ، وقد تكون شروط صحة ،

وقد تكون شروط نفاذ ، وقد تكون شروط لزوم .

فشروط انعقاد الزواج هي تلك الشروط التي لا ينعقد الزواج الا بها فيجب ان تتحقق عند انشائه ، فاذا تخلف احدها فان العقد لا يكون له وجود شرعى فلا يترتب عليه اى حكم من احكام العقد .

والمراد بشروط الصحة الشروط التي بدونها لا يكون العقد موجودا وجودا يعتبره الشارع وتترتب عليه احكام العقد .

والمراد بشروط النفاذ الشروط التي بدونها لا ينفذ العقد على كلا العاقلين ، ويظل موقوفا حتى يجيزه من له حق الاجازة فينفذ .

اما شروط اللزوم فهي التي لا يكون العقد لازما بالنسبة لكل من طرفيه الا بوجودها . فاذا لم تكن متوافرة أو بعضها يكون هناك حق فسخ العقد .

المطلب الأول

شروط انعقاد الزواج

٣١ - من هذه الشروط :

(١) ان يكون كل من العاقلين مميزا ، فان كان احدهما فاقد الأهلية بان كان صغيرا غير مميز أو مجنونا أو معتوها غير مميز فان العقد لا ينعقد بعبارة فهو ملغاة لا اثر لها اذ عقد الزواج كغيره من العقود يتطلب الارادة والرضا من العاقد وهذا لا يتوافر الا مع التمييز ، وهو منعدم هنا .

ويستوى في هذا ان يعقد العاقد لنفسه أو لغيره .

— ٤٠ —

وناقص الأهلية يصح عقده الزواج بالنيابة عن غيره ٠٠ اما عقده لنفسه
فموقوف على اجازة من يملك الاجازة ٠

وكامل الأهلية يصح عقده عن غيره ولنفسه ٠

والسفيه يعتبر في الزواج كامل الأهلية فالحجر عليه لا مدخل له في الزواج
وآثاره ٠

(٢) وان يتحد مجلس الايجاب والقبول ٠ فلو تفرقت المجالس بعد حصول
الايجاب وقبل القبول فان الايجاب يبطل ٠

وليس المقصود باتحاد المجلس حصول القبول عقب الايجاب بل اتحاد
المجلس يتحقق وان طال مجلس العقد ما دام لم يفصل بين الايجاب والقبول ما
يدل على الاعراض عن الايجاب ٠ فاذا حصل الاعراض عن الايجاب فهو قاطع
له ٠ فلو حصل القبول بعد هذا الاعراض فانه لا يصادف ايجابا قائما لكي
يحصل من تلاقيهما العقد ٠ وقد يكون الاعراض بالفصل بكلام اجنبى وان لم
تفترق الابدان ، وقد يكون بترك المجلس الامر لا علاقة له بعقد الزواج ٠

والعبرة في الانعقاد برسالة رسول أو بكتاب مكتوب انما تكون بمجلس
تبليغ الرسالة أو وصول الكتاب المكتوب ٠

(٣) الا يرجع الموجب عن الايجاد قبل القبول فان حصل الرجوع عن
الايجاب قبل فان القبول فان القبول لا يصادف ايجابا قائما حتى ينعقد بتلاقيهما
عقد الزواج ٠

(٤) ان يوافق القبول الايجاب ، فاذا خالفه لا ينعقد الزواج (١) ٠

(١) محمد ابو زهرة ص ٣٦ وما بعدها — عمر عبد الله ص ٤٩
وما بعدها ٠

المطلب الثاني

شروط صحة الزواج

٣٢ - يشترط لصحة عقد الزواج توافر شرطين : احدهما الشهادة عليه ، والثاني كون المرأة محلاً للزواج ممن خطبها . وهناك في القانون اللبناني شرط بلوغ سن معينة .

٣٣ - اما الشرط الأول

فهو الشهادة على الزواج .

ودليل ذلك قول الرسول ﷺ : « لا نكاح الا بشهود » وقوله عليه الصلاة والسلام « اعلنوا النكاح ولو بالدف » .

وانما اشترطت الشهادة في عقد الزواج دون سائر العقود لخطره ولعظيم شرفه ولما يبنى عليه من آثار ونتائج هامة ، من نفقة ونسب وارث وغير ذلك . ولان بالشهادة يتحقق الاعلان في هذا العقد ، والاعلان مأمور به للحديث السابق ، وهو قول الرسول ﷺ : « اعلنوا النكاح ولو بالدف » . فبالاعلان ترتفع الشبهات والشكوك ومقالة السوء في العلاقة بين الرجل والمرأة بالزواج . وهذا امر يحرص عليه الاسلام الحرص كله .

٣٤ - ويشترط في الشهادة :

(١) ان تكون برجلين أو برجل وامرأتين . وذلك لنص القرآن الكريم : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ، ان تضل احدهما فتذكر احدهما الاخرى » (١) فلا تصح شهادة رجل واحد ، ولا شهادة رجل وامرأة واحدة ، ولا شهادة

(١) سورة البقرة الآية رقم ٢٨٢ .

النساء وحدهن ، مهما كان العدد ، لأن شهادة النساء وحدهن لا تكفى الا في أحوال مستثناة ليس عقد الزواج منها ، ولأن الشهادة في هذا العقد للاعلان ، والاعلان لا يتم على الوجه الصحيح بشهادة النساء وحدهن .

٢) كما يشترط فيها البلوغ والعقل والحرية وذلك لخطر هذا العقد فلا يناسبه أن تكون الشهادة عليه من الصغير أو المجنون أو العبد ولأن الشهادة من باب الولاية وهؤلاء لا ولاية لهم على أنفسهم فاولى الا تكون لهم ولاية على الغير^(١) .

٣) ويشترط في الشهادة أيضا ان يسمع الشاهدان كلام العاقلين ويفهما لأن بغير ذلك لا يتحقق الاعلان المقصود من الشهادة . وعلى ذلك فلا تصح شهادة الأصم ولا النائم وقت العقد ، ولا السكران الذى لا يعى ما يقال ولا يستطيع بعد افاقته تذكر ما سمع وقت العقد .

٤) ويشترط في شهود الزواج أيضا الاسلام ، وذلك في الزوجين المسلمين باتفاق أقوال الفقهاء ، لأن الشهادة من باب الولاية ، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم .

وفي زواج المسلم بالكتابية اختلفت الأقوال : فابو حنيفة وأبو يوسف يصححان العقد بشهادة الكتابيين ، ومحمد وزفر ومعهما الشافعى لا يصحونه بشهادتهم . وقد احتج المجيزون بأن الشهادة هنا شهادة على المرأة ، وهى كتابية وشهادة الكتابى على الكتابية تجوز . كما ان الكتابى اذا كان وليا على الكتابية يجوز ان يعقد عنها فله الشهادة من باب أولى ، اذ من يقوم بالركن أولى به القيام بالشرط . واما المانعون فعندهم ان العقد بين

(١) مذهب أحمد يجيز شهادة العبد لعدم وجود كتاب ولا سنة تنفيها .
(محمد أبو زهرة ص ٤٨ وها مشها رقم ٣) .

مسلم وكتابية فشهادة الكتابي عليه تعتبر شهادة على مسلم وغير مسلم ، وهذا لا يجوز ، لأن فيه ولاية على المسلم وهي ممنوعة على غير المسلم (١) .

وقد يبدو للوهلة الأولى في بعض الصور ان الشاهد في عقد الزواج واحد وانه صحيح مع ذلك ، لكن عند امعان النظر لا يكون في الأمر خروج على القواعد .

وصورة ذلك أن يعقد العقد بالوكالة بالنسبة لأحد العاقلين في حضور الأصيل أو الولي الذي وكله ، فان الموكل يعتبر هو الذي باشر العقد وان كان التعبير قد حصل من الوكيل . ويكون المعبر شاهدا يكمل نصاب الشهادة ان احتاج الأمر ذلك . ومثال ذلك ان يزوج الأب ابنته البالغة العاقلة في حضورها باذنها ورضاها وحضور شاهد واحد ، فان الأب هنا يعتبر شاهدا مع الشاهد الحاضر فيكمل نصاب الشهادة في العقد ويصح ، وتعتبر البنت هي التي باشرت العقد . ولا يمنع من ذلك كون التعبير من الأب (٢) .

٣٥ - حكم الاتفاق على كتمان الشهادة :

إذا تراضي الشاهدان على كتمان العقد فهل يعتبر مع ذلك صحيحا . وبعبارة أخرى هل تكفي الشهادة المذكورة لكي يكون العقد صحيحا أم يجب أيضا الاعلان ؟ .

اختلفت الاراء في هذه المسألة :

(١) فابو حنيفة وفريق من الفقهاء منهم الشافعية والمشهور عند أحمد ، وكذلك الشيعة . على ان الشهادة وحدها تكفي ولو لم يحصل اعلان ، حتى

(١) ابن عابدين ج / ٢ ص ٢٩٧ - محمد أبو زهرة ص ٤٦ وما بعدها - عمر عبد الله ص ٥٩ وما بعدها .

(٢) الشهادة بين الفروع والأصول جائزة في الزواج لأنها هنا للاعلان لا للاثبات . والاعلان يتحقق بالشهادة ولو كانت من الأصول أو الفروع ، ولا محل لرد شهادتهم بسبب التهمة ، لأن الأمر هنا ليس أمر اثبات ، بل أمر اعلان كما قدمنا .

ولو حصل بين الشاهدين التواصي على الكتمان . ودليل ذلك ما استفاض من الأخبار من اشتراط الشهود وتعيينهم وحدهم طريقا للاعلان . من ذلك قول الرسول ﷺ : « لا نكاح الا بشهود » . والشارع باشتراط الشهادة قد جعلها وسيلة للاعلان . فاذا حصلت الشهادة اجزأت ولو لم يحصل اعلان . وبالعكس اذا حصل الاعلان ولم تحصل الشهادة لا يصح العقد .

(٢) والمشهور عند مالك ان الشهادة ليست شرطا لانشاء العقد وصحته ابتداء ، بل هي شرط انتهاء عند الدخول ، أو بمعنى اخر هي شرط لحل الدخول وترتب اثار العقد . وقد قال ابن رشد : انها شرط تمام يؤمر به عند الدخول وليست شرط صحة يؤمر به عند العقد . فالاعلان هنا يجب توافره لانعقاد العقد . اما الشهادة فواجبة لترتيب الاثار على العقد .

(٣) وهناك قول آخر في مذهب مالك ، وهو قول ايضا في مذهب أحمد ، ومقتضاه انه لا تشترط الشهادة لصحة الزواج ، لا في الابتداء ، ولا في الانتهاء عند الدخول ، بل الشرط هو الاعلان ، فيجزي متى حصل باية وسيلة (١) .

٣٦ - واما الشرط الثاني :

فهو ان تكون المرأة محلا للزواج من العاقد المعين الذي يريد الزواج بها . وعلى ذلك فان الزواج لا يصح اذا كانت محرمة عليه حرمة مؤبدة كاخته أو

(١) المبسوط جزء / ٥ ص ٣٠ وما بعدها - البدائع جزء / ٢ ص ٢٥٢ وما بعدها - فتح القدير جزء / ٢ ص ٣٥١ وما بعدها . وكذلك نهاية المحتاج جزء / ٦ ص ٢١٣ وما بعدها . والشرح الكبير وحاشية الدسوقي جزء / ٢ ص ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ب. بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد جزء / ٢ ص ١٧ . وكشاف القناع جزء / ٣ ص ٣٧ ، ٣٨ . والمحلى لابن حزم جزء / ٩ ص ٤٦٥ ، ٤٦٦ . ومن كتب الشيعة : البحر الزخار جزء / ٣ ص ٢٣ وما بعدها - الروض النضير جزء / ٤ ص ١٧ ، ١٨ .

عمته أو خالته • وكذب اذا كانت محرمة عليه تحريماً مؤقتاً كزوجة الغير أو معتدته ، والخامسة على أربع في عصمته (١) •

ونكتفى هنا بهذا القدر ، وسنعود للكلام عن المحرمات في الزواج تفصيلاً فهذا أمر له خطره •

شروط بلوغ سن معينة في القانون اللبناني :

٣٧ - تنص المادة الرابعة من قانون حقوق العائلة اللبناني على انه :
« يشترط . لان يكون الخاطب حائزاً أهلية النكاح ان يتم السنة الثامنة عشر ، والمخطوبة ان تتم السنة السابعة عشرة من العمر » •

وتنص المادة الخامسة على انه : « اذا راجع المراهق الذي لم يكمل السنة الثامنة عشرة من العمر وبين انه بلغ فللحاكم ان يأذن له بالزواج اذا كان حاله يتحمل ذلك » •

وتنص المادة السادسة على انه : « اذا راجعت المراهقة التي لم تتم السنة السابعة عشرة من العمر وأدعت انها بلغت فللحاكم ان يأذن لها بالزواج ان كان حالها يتحمل ذلك واذن وليها » •

(١) المقصود بكون المرأة محلاً للزواج بالعقد المعين الذي يريد الزواج بها هي المحلية النسبية ، وهي كون المرأة محلاً للعقد بالنسبة للعقد المذكور •
اما كون المرأة محلاً للزواج ، بمعنى ان تكون امرأة محققة الأنوثة ، فهذه هي المحلية الطبيعية أو المطلقة • وهي بهذه المثابة من شروط الانعقاد لا من شروط الصحة (عمر عبد الله ص ٥٠ ، ٥٨ - ٥٩ وهامش رقم ١ بصفحة ٥٩) •
وعلى كل حال فان التفرقة بين شروط الصحة مفيدة بالنسبة لعقود المعاملات المالية ، لأن في هذه يقرر المذهب الحنفى تفرقة جوهرية بين باطل العقود وفاسدها ، فانه اذا تخلف شرط الانعقاد كان العقد لا وجود له ، وان تخلف شرط الصحة كان للعقد وجود ، ولكنه يعتبر عقداً فاسداً •

اما في النكاح فان المقرر عند كثير من الاحناف انه لا فرق بين باطل النكاح وفاسده ، ففاسده باطل وباطله فاسد ، لان الشارع لا يعترف لكليهما بوجود (محمد ابو زهرة ص ٥١ ، ٥٢) •

ملحوظة : (١) نصت المواد من ١٣ حتى ١٩ من قانون حقوق العائلة على المنوع نكاحهن •

- ٤٦ -

وتنص المادة السابعة على انه « لا يجوز لاحد اصلا ان يزوج الصغير الذي لم يتم السنة السابعة عشرة من العمر والصغيرة التي لم تتم السنة التاسعة من العمر » .

٣٨ - ومعنى هذه النصوص بالنسبة للذكر انه ابلغ الثامنة عشرة من عمره فانه يكون حائزا أهلية النكاح ، وهذه السن هي سن كمال الأهلية في القانون اللبناني (المادة ٢١٥ من قانون الموجبات والعقود) .

وفي الفترة بين بلوغ سن السابعة عشرة والثامنة عشرة ، اذا رغب المراهق في الزواج وبين البلوغ فان الحاكم له ان يأذن له بالزواج ان كانت حالته تتحمل ذلك . فالزواج هنا لا يكون للمراهق ان يقوم به مباشرة من تلقاء نفسه بل يجب ان يكون قد بلغ ، والبلوغ يكون اثباته ببيان الراغب في الزواج اذا كانت حالته تتحمل ذلك . والاذن هنا جوازي ومنوط بأن تسمح حال الطالب بالزواج .

وفي الفترة السابقة على سن السابعة عشرة لا يكون للصغير ان يزوج نفسه وليس لاحد اخر من حاكم أو غيره ان يأذن بزواجه ، فأهليته للزواج منعملة (المادة السابعة المذكورة) .

وبالنسبة للصغيرة يجب لكي تكون عندها أهلية النكاح ان تتم السابعة عشرة من عمرها ، فاذا بلغت هذه السن اكتملت عندها هذه الأهلية . لكن يلاحظ انه يجب لكي تتزوج الا يعترض الولي على زواجها بمن تريد الزواج منه ، فاذا لم يعترض او لم يعتبر الحاكم هذا الاعتراض فانه يأذن بزواجها . وعلى ذلك تنص المادة الثامنة من قانون حقوق العائلة فهي تقول : « اذا طلبت الكبيرة التي اتمت السابعة عشرة من العمر ان تتزوج بشخص فالحاكم يبلغ ذلك لوليها واذا لم يعترض الولي أوردى ان اعتراضه غير وارد يأذن بزواجها » .

وفي الفترة بين سن التاسعة والسابعة عشرة اذا ارادت المراهقة الزواج وادعت البلوغ فان الحاكم يأذن لها بالزواج اذا توافر شرطان : **الأول** : ان

تتحمل حالها ذلك • **والثاني** : ان يأذن الولي • وهذا الشرط الأخير موجود في الصغيرة دون الصغير لكنهما يشتركان في الشرط الاول على ما مر بيانه • ومعناه ان يحصل البلوغ ، وهو يكون بادعاء الصغير او الصغيرة اذا كان حال كل مهما يسمح بذلك (المادتان السادسة والسابعة) •

وفي الفترة السابقة على سن التاسعة لا يكون لدى الصغيرة أهلية للنكاح أصلا ، فليس لها الزواج لا بأذن الحاكم ولا بأذن الولي (المادة السابعة) •

٣٩ - ويخلص مما تقدم ان بلوغ سن معينة شرط في الزواج فاذا لم يتوافر هذا السن وحصل الزواج ، كأن يتزوج الصغير الذي دون السابعة عشرة او الصغيرة التي دون التسع سنوات • او يتزوج الصغير بين السابعة عشرة والثامنة عشرة دون اذن الحاكم ، او تتزوج الصغيرة بين التاسعة والسابعة عشرة دون اذن الحاكم والولي • ففي كل هذه الحالات يكون الزواج فاسدا •

والذي يؤيد ذلك نص المادة ٥٢ من القانون المذكور فهي تقول : « اذا كان احد الطرفين غير حائز شروط الاهلية حين العقد فالنكاح فاسد » •

المطلب الثالث

شروط نفاذ عقد الزواج

• ٤ - اذا استوفي عقد الزواج شروط انعقاده وشروط صحته فقد انعقد صحيحا • لكن يجب لكي يكون نافذا فتترب عليه آثاره على العاقلين ان تكون للعقد ولاية في انشاء عقد الزواج •

٤١ - وتكون ولاية الانشاء متوافرة اذا كان كل من العاقلين حرا بالغا عاقلا يعقد لنفسه ، فهنا بمجرد توافر شروط الانعقاد وشروط الصحة يكون العقد نافذا فتترب عليه آثاره بالنسبة للعاقلين في الحال •

وقد لا يعقد الشخص لنفسه ولكن لغيره ، وتكون ولاية الانشاء متوافرة لديه ، وهذا يكون فيمن يعقد لغيره بصفة كونه وكيله عنه ، وفيمن يعقد لغيره بصفته وليا عليه . فكل من الوكيل والولى له سلطة شرعية في الانشاء اذ توجد اناة بحكم الشرع ، وذلك في الولاية ، او بالتوكيل ، وذلك في الوكالة فاذا كان العاقد نيابة عن غيره بالولاية او بالوكالة كامل الاهلية فان العقد يكون نافذا فتترتب اثاره على العاقدين في الحال .

ومن ناحية أخرى لا يكون العقد نافذا ويعتبر موقوفا على اجازة من له الاجازة اذا كان أحد الزوجين أو كلاهما ناقص الاهلية ، بأن كان معنوها مميزا أو صبيا مميزا ، وللولى عقد زواجه بنفسه أو بوكيله ، فالعقد هنا صحيح لكنه موقوف على اجازة من له حق الاجازة ، فان أجازه نفذ ، والا بطل من أول الامر .

والذى قيل في ناقص الاهلية يقال في الذى يعقد عن غيره من غير اناة من ولاية أو وكالة . فانه يكون فضوليا يصح عقده ، لكن يتوقف على اجازة من له الاجازة لكي ينفذ . ويلاحظ ان الوكيل اذا تجاوز حدود الوكالة كان فضوليا فيما تجاوز فيه ، والولى المتأخر لا ينفذ العقد بانشاءه لكن يتوقف على اجازة الولى المتقدم عنه كالاخ مع وجود الأب المستجمع لشروط الولاية ، فالولى المتأخر هنا يأخذ حكم الفضولى .

٤٢ - وفي مقام الكلام عن شروط النفاذ نذكر ان السفينة ومثله ذو الغفلة ، لا يتوقف عقد زواجهما على الاجازة بل هو نافذ مثل عقد البالغ الرشيد تماما . فالفقه والغفلة الحجر فيهما موضوعه في التصرفات المالية لا الشخصية .

٤٣ - ونذكر أيضا ان المرأة في مذهب أبى حنيفة وفي رواية عن أبى يوسف لها كل الولاية في أمر زواجها ما دامت بالغة عاقلة ، ويصح العقد بعبارتها وينشأ وان كان الاحب لها ان توكل عنها في زواجها وليها . ولكن

الجمهور على ان المرأة ليس لها ان تزوج نفسها بنفسها ، وان العقد لا ينشأ بعبارة النساء ، وان كان ليس له عليها اجبار ، فهو يشترك معها في اختيار الزواج ويباشر العقد عنها ، وسنعود لتفصيل ذلك مستقبلا (١) .

المطلب الرابع

شروط لزوم الزواج

٤٤ - معنى لزوم عقد الزواج الا يكون لاحد الحق في فسخه . فيشترط في عقد الزواج لكي يكون لازما الا يكون لاحد ان يفسخه .

وفيما يلي نبين متى يكون الفسخ ومتى لا يكون :

(١) اذا زوج الرجل الكامل الاهلية نفسه بنفسه أو بوكيله فان الزواج يلزم ما دام قد استوفي شروط الانعقاد وشروط الصحة . ولا يكون له ان يطلب فسخ هذا الزواج .

(٢) واذا زوجت المرأة نفسها وكانت كاملة الاهلية ولم يكن لها ولي عاصب واستوفي العقد شروط الانعقاد وشروط الصحة فانه يلزم ولا يكون لها ان تطلب فسخه ، ولو كان زواجهما من غير كف أو بدون مهر المثل .

واذا تزوجت من غير كف لها أو من كفء بدون مهر مثلها وكان لها ولي عاصب ولم يرض بذلك فان العقد لا يكون لازما بالنسبة له ويكون له حق طلب فسخه . ومتى ثبت لدى القضاء ما يدعى حكم بالفسخ مراعاة لحق الولي (٢) .

(١) محمد ابو زهرة ص ٥٣ .

(٢) عمر عبد الله ص ٦٩ ، ٧٠ . وبه كذلك ان كون الكفاءة شرط لزوم هو ظاهر المذهب . وعلى رواية الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ، وهي المختارة للفتوى، انها تعتبر شرطا لصحة الزواج . وفي رواية انها شرط نفاذ فاذا لم تتحقق =

(م ٤ - الأحوال الشخصية)

٣) اذا كان احد الزوجين أو كلاهما فاقد الاهلية أو ناقصها وتولى زواجه الولي ، فان كان الولي هو الاب أو الابن أو الجد فان العقد يلزم ولا يكون لفاقد الاهلية أو ناقصها عند زوال سبب الولاية عليه طلب فسخه . اما اذا كان الولي غير هؤلاء الذين ذكروا ، وكانت الكفاءة بين الزوجين متوافرة ، وكان المهر مهر المثل فان العقد يكون صحيحا نافذا غير لازم . ويكون لناقص الاهلية أو فاقدها عند زوال السبب طلب الفسخ . ولهذا الامر فضل بيان يذكر في موضعه .

٤) واذا شاب العقد تغير بالزوجة بالنسبة للكفاءة ، بان انتسب مثلا لغير نسبه فتزوجته على ذلك ، وتبين بعد ذلك نسبه الحقيقي وانه دونها نسبا ، فان الزوجة يكون لها حق طلب فسخ العقد لعدم الكفاءة ، ويكون الفسخ ايضا لاوليائها لتضررهم من ذلك .

واذا كان التغير في النسب لا يؤدي الى نقص في كفاءة الزوج ، بان ذكر لها نسبا ثم تبين خلافه مع ان هذا النسب الحقيقي لا يؤدي لنقص في كفاءته فان لها مع ذلك طلب الفسخ عند فقهاء الحنفية لان الرضا لم يتم من ناحيتها على اساس صحيح . واما اولياؤها فليس لهم طلب الفسخ هنا لان الزوج يساويهم في النسب . وقد خالف زفر في هذه المسألة فقال ان الزوجة ليس لها طلب الفسخ (١) .

= كان العقد موقوفا على اجازة الولي فان اجازته نفذ والا بطل (فتح القدير ج/٣ ص ١٥٧) .

(١) المبسوط جزء ٥ / في باب الاكفاء - فتح القدير جزء ٣ / ص ١٨٨ - الدرابين عابدين جزء ٢ / ص ٣١٢ وما بعدها .

الفصل الرابع

المحرمات من النساء

٤٥ - اشرنا في صدر الكلام عن شروط عقد الزواج للمحرمات من النساء
وهنا نفصل الكلام في هذا الامر .

المراة بالفطرة محل للزواج ، لكنها قد لا تكون محلا للزواج من شخص
بعينه ، فتكون محرمة عليه هو . ونحن نتكلم عن المحرمات من النساء على هذا
الاساس .

٤٦ - والتحريم قد يكون مؤبدا وقد يكون مؤقتا .
فهو قد يكون مؤبدا اذا كان سببه صفة لازمة للمرأة غير قابلة للزوال .
ومن ذلك الامومة والاخوة .

وقد يكون التحريم مؤقتا ، وهذا اذا كان سببه امرا قابلا للزوال فتبقى
محرمة على الشخص المعين ما بقى سبب التحريم ، فاذا زال زال معه التحريم
وتحل له . ومن ذلك ان تكون المراة زوجة للغير أو معتدة له أو مشركة .

وفيما يلي نبين المحرمات مؤبدا ثم المحرمات مؤقتا :

المبحث الأول

المحرمات على سبيل التأييد

٤٧ - المحرمات على التأييد ثلاثة ، : محرمات بسبب القرابة ، ومحرمات بسبب المصاهرة ، ومحرمات بسبب الرضاع .

المطلب الأول

المحرمات بسبب القرابة

٤٨ - يقول تعالى « حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت » (١) .

ومن هذه الآية الكريمة يبين ان المحرمات بسبب القرابة القريبة اى قرابة الرحم المحرمة اربعة انواع من النساء هن :

٤٩ - (١) اصول الشخص من النساء وان علون :

وهن امه وجداته من جهة ابيه او من جهة امه لانه جزؤهن . اما امه فالتحريم ظاهر من النص المذكور . واما الجدات فالتحريم بالنسبة لهن ثابت ايضا من عبارة النص المذكور لان الام معناها لغة الاصل والجدات اصول . والقرآن الكريم يطلق الام ويريد الاصل وذلك ظاهر في قوله تعالى : « وعندهم ام الكتاب » .

وفوق العبارة فتحريم الجدات ثابت من دلالة النص ايضا ، لان الله تعالى حرم العمات والخالات فالحجرات اولى بالتحريم ، لان الجدات طريق اتصال العمات والخالات بالشخص ، فيفهم تحريمهن بدلالة النص .

(١) سورة النساء ، آية رقم ٢٣ .

وتحريم الجدات يثبتته ايضا الاجماع ، لان الاجماع منعقد على تحريمهن اعتمادا على الآية الكريمة المذكورة .

٥٠ - (٢) فروع الشخص من النساء :

وهن بناته وبنات اولاده وان نزلن ، يستوى في ذلك بنت الابن وبنت البنت . وتحريم البنت ثابت بعبارة النص آنف الذكر . وتحريم بنات الابن وبنات البنت وان نزلن ثابت ايضا بهذه العبارة لان المراد بالبنات في هذا النص : الفروع من النساء ، وكلمة البنت تطلق لغة على كل فرع من النساء فضلا عن ذلك فان بنات الابناء وبنات البنات تحريمهن ثابت بدلالة النص المحرم لبنات الاخ ولبنات الاخت ، والنص المحرم للعمات والخالات . وزيادة على ذلك فتحريم بنات اولاد الشخص ثابت بالاجماع ثبوت تحريم الجدات على ما تقدم ذكره (١) .

وفي هذا المقام نقول ان البنت التي نفاها الزوج وانتفت منه باللعان والحقت بامها لا يحل له نكاحها مع ذلك مع انه ليس بينها وبينه نسب ولا قرابة بحكم القضاء . والسبب هو انها قد تكون ابنته حقيقة ، وقد يكذب نفسه ويدعيها فيثبت نسبها منه .

٥١ - (٣) فروع الابوين :

والمقصود الاخوات سواء اكن لابوين أو لاب أو لام ، وفروعهن وان نزلن . اما بالنسبة للاخوات وبنات الاخ وبنات الاخت فتبوت حرمتهم بالنص المذكور . وبنات بنات الاخ وبنات بنات الاخت وان نزلن ثبت التحريم فيهن بدلالة النص فضلا عن الاجماع .

(١) وبنت الزنا لدى ابي حنيفة واصحابه تحرم على من زنى بامها فانتجها ، لانها بنته حقيقة وصلة الدم ثابتة فيثبت التحريم تبعاً لذلك . وقد تخالف الشافعي وقال ان القرابة التي تكون من سفاح لا تحرم النكاح وانما الذي يحرم النكاح هو القرابة التي منشؤها النكاح ، لانها هي المثبتة للنسب شرعا دون غيرها (محمد ابو زهرة ص ٥٩ ، ٦٠ - عمر عبد الله ص ٩٦) .

٥٢ - (٤) فروع الاجداد وفروع الجدات :

وذلك بشرط ان ينفصلن بدرجة واحدة وعلى ذلك فالمقصود هنا : عمات
الشخص وخالاته لابوين أو لاب أو لام ، وعمات اصله وخالاته كذلك . فعمات
الشخص وخالاته محرمات عليه مهما تكن درجة الجد والجددة .

اما بنات الاعمام وبنات الاخوال وبنات الخالات وبنات العمات وقروعهن
فانهن غير محرمات على الشخص ، اذ المحرم من فروع الاجداد والجدات من
ينفصل عن الاصل بدرجة واحدة . والسبب في عدم التحريم هنا هو عدم ذكر
هؤلاء في الآية آنفة الذكر فيحل التزوج بهن لان الله تعالى بعد ما ذكر المحرمات
من النساء قال : « واحل لكم ما وراء ذلكم » . ولقوله تعالى : « يأيها النبي
انا احللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن ، وما ملكت يمينك مما افاء الله عليك ،
وبنات عمك ، وبنات عماتك ، وبنات خالك ، وبنات خالاتك اللاتي هاجرن
معك » (١) ولم يقم دليل على ان هذه الاحكام خاصة بالنبي ﷺ ، فهي اذن
لامته أيضا ، وهذا أصل ثابت في الاسلام (٢) .

(١) سورة الاحزاب ، آية رقم ٥٠ .

(٢) عمر عبد الله ص ٩٢ وما بعدها - محمد أبو زهرة ص ٥٩ وما بعدها .
ملحوظة : نصت المادة ١٧ من قانون حقوق العائلة على ان : « تزوج النساء
ذوات الرحم المحرم برجل بينه وبينهن قرابة نسبية ممنوع ابدا . والنساء
المذكورات اربعة اصناف : **الأول :** ام الرجل وجداته . **الثاني :** البنات
والحفدة الاناث . **الثالث :** الأخوات وبنات الاخوة والاخوات مطلقا وحفدتهم
الاناث . **الرابع :** العمات والخالات مطلقا » .

وهذا النص فيه تقنين للفقهاء في هذه المسألة استنادا على آية المحرمات
وقد بين ان حكم القرابة النسبية ذات الزحم المحرم حرمة النكاح حرمة مؤبدة .
وقد صنف المحرمات في هذا القسم تصنيفا يتفق مع ما اسلفنا ، فلا نعود
للكلام فيه .

واذا حصل الزواج بمحرمة على الزوج بسبب القرابة ، فان الزواج يكون
فاسدا طبقا للمادة ٥٤ من القانون آنف الذكر .

المطلب الثاني

المحرمات بسبب المصاهرة

٥٣ - قال تعالى : ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء الا ما قد سلف ، انه كان فاحشة ومقتنا وساء سبيلا . وقال جل شأنه في آية المحرمات : « وامهات نسائكم ، وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ، وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم » . فهذه الآية معطوفة على قوله تعالى : « حرمت عليكم امهاتكم » .

ومن هذه النصوص يعلم ان المحرمات من النساء بسبب المصاهرة اربعة انواع وبيانها كالآتي :

٥٤ - (١) من كانت زوجة لاصل الشخص : مهما علا هذا الاصل ، ويستوى ان يكون من العصابات مثل ابي الاب ، أو من ذوى الارحام مثل ابي الام . ويكفي العقد عليها ، فسواء دخل بها الاصل أو لم يدخل فان هذا بذاته يكفي لكي تكون محرمة حرمة مؤبدة على الفرع وان نزل . والذي يدل على شمول التحريم لزوجة الجد ان اسم الاب يشمل الاجداد مهما بعدوا ، فالمراد بكلمة الاباء في الآية الكريمة الاصول من الذكور . وقد انعقد الاجماع ايضا على تحريم زوجات الاجداد .

والنكاح في الآية المقصود به مجرد العقد وهذا هو دليل كون مجرد العقد يكفي للتحريم . وان قيل بان المراد من كلمة النكاح الدخول فان التحريم بمجرد العقد يكون ثابتا بالاجماع (١) .

(١) محمد ابو زهرة ص ٦٢ ، ٦٣ - عمر عبد الله ص ١٠٠ ، ١٠١ ، وبه كذلك ان الاصل ان تزوج امرأة زواجا فاسدا فان مجرد العقد لا يحرمها على الفرع ، بل يجب لكي تحرم عليه ان يحصل الدخول ، اذ بالدخول في العقد الفاسد تترتب بعض الاثار ومنها حرمة المصاهرة . وبه ايضا ان اصول زوجة الاصل وكذا فروعها غير محرمات على الفرع .

- ٥٦ -

٥٥ - (٢) من كانت زوجة لفرع الشخص ، ويستوى في ذلك كونه من العصبات مثل ابن الابن ، أو من ذوى الارحام مثل ابن البنت ، وسواء ادخل بها ام لم يدخل .

والدليل على تحريم زوجة الابن النص : « وحلائل ابنائكم » . والحليلة هى الزوجة . والدليل على حرمة زوجة ابن الابن أو ابن البنت وان نزل ان اسم الابناء يطلق على الفروع الذكور مباشرة أو بالواسطة فيشمل الابناء وابناء الاولاد ، أو يراد من الابناء كل من يتصل بالشخص بصلة الولاد لان ابناء الاولاد ابناء من باب المجاز ، وفضلا عن ذلك فان الاجماع انعقد على تحريم زوجة الفرع .

ودليل التحريم ولو لم يحصل الدخول ان لفظ الحليلة الوارد في الآية الكريمة يصدق على الزوجة ، سواء تم الدخول بها ام لم يتم .

وتقييد الآية بعباراة « الذين من اصلا بكم » لكى يخرج الابن بالتبني . فان زوجات الابناء بالتبني لا تحرم على من تبنوهم ، اذ الاسلام لا يعترف بالنسب بالتبني (١) .

٥٦ - (٣) اصول من كانت زوجة للشخص وان علون :

وهن ام الزوجة وجداتها من جهة ابيها أو من جهة امها وان علون . والدليل على التحريم قوله تعالى : « وامهات نسائكم » ، وهى معطوفة على : « حرمت عليكم امهاتكم » فزواج ام الزوجة محرم بهذا النص ، وحرمة زواج الجدات ثابتة بدلالة النص اذ هن يعمرن من باب اولى . وقد انعقد الاجماع على تحريم كل اصول الزوجة .

(١) الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامة للمؤلف صفحة ٨٨ وما بعدها في النسب ، وكذلك محمد ابو زهرة ص ٦٣ - عمر عبد الله ص ١٠٢ ، ١٠٣ .

والتحريم ثابت هنا بمجرد العقد لان النص مطلق فلم يقيد بحال الدخول كما ورد في قوله تعالى بالنسبة لفروع الزوجة ١ « وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » ، وعلى هذا جمهور الفقهاء .

٥٧ - (٤) فروع من كانت زوجة الشخص : وهن بناتها وبنات بناتها وبنات ابنائها وان نزلن .

والدليل على التحريم : قوله تعالى : « وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » ، هذه معطوفة على قوله تعالى : « حرمت عليكم امهاتكم » ، والربيبة هي بنت الزوجة من رجل آخر ، وانما سميت هكذا لان الزوج يربيهها . وليس ذكر « في حجوركم » للتقييد بل ان الربيبة تحرم على زوج الام سواء كانت في حجره او لم تكن ، وانما لوحظ في هذا التعبير ان العادة جارية بين الناس ان تكون بنت الزوجة في حجر زوج الام والذي يدل على ان ذكر الربائب ليس بقيد قوله تعالى : « فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » فلم يذكر النص عند الحل الحال التي لا تكون فيها الربيبة في حجر زوج امها ، ومعنى هذا ان المناط في التحريم هو الدخول فقط .

ودلالة الآية على تحريم بنات الربائب لان اسم الربائب يشملهن ، فيكون ثبوت التحريم بالنص ايضا . وقد انعقد الاجماع على تحريم بنات الربائب وان نزلن (١) .

(١) تبين الحقائق جزء / ٢ ص ١٠٢ - عمر عبد الله ص ١٠٠ وما بعدها - محمد ابو زهرة ص ٦٢ وما بعدها - محمد يوسف موسي ص ١٢٣ وما بعدها تنص المادة ١٩ من قانون حقوق العائلة - على ان : ١١ تزوج النساء بالرجل الذي بينه وبينهن مصاهرة ممنوع ابدا . والنساء المذكورات اربعة اصناف :

الأول : زوجات الابناء والحفدة . **الثاني :** امهات الزوجات وجداتهن مطلقا =

المطلب الثالث

المحرمات بسبب الرضاع

٥٨ - الرضاع والرضاعة في اللغة : مص اللبن من الثدي .

وشرعا : مص الرضيع اللبن من ثدى المرأة في مدة معينة وهي العامين الاولان من عمره . والرضاع يتحقق ايضا بشرب اللبن من المرأة في المسدة آنفة الذكر ، وانما اقتصر الفقهاء على تعريف الرضاع شرعا بانه المص لان هذا هو الغالب (١) .

٥٩ - وقد ثبت التحريم في الرضاع بالكتاب والسنة والاجماع .

اما الكتاب فقوله تعالى : « وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة » . وهذه الآية نص في تحريم الاصول والاخوات ، ويفهم منها تحريم الباقي بطريق الدلالة ، لان الله تعالى لما سمى الموضع اما وابنة الموضع

= الثالث : زوجات الاء والاجداد . الرابع : بنات الزوجات وحفدتهن الاناث ، لكن يشترط في الصنف الرابع لاجل المنع ان يقارب الزوجة ولو كانت المقاربة ينكاح فاسد تحصل المصاهرة الممنوعة .

وهذه المادة بينت الانواع الاربعة من المحرمات بسبب المصاهرة هلى ما سبق ذكره ، ونصت على ان هذه الانواع تمنع النكاح منعاً مؤبداً . والسبب في ذكر ان المقاربة بنكاح فاسد تحصل بها المصاهرة الممنوعة في الصنف الرابع من المحرمات بسبب انه يشترط في هذا الصنف لحصول المنع من المصاهرة ان يكون هناك دخول (مقاربة) ، والنكاح الفاسد اذا كان فيه دخول تحصل حرمة المصاهرة بهذا الدخول ، ومن ثم فانه في الصنف الرابع لا فرق في حكم منع المصاهرة بين كون الدخول قد حصل بناء على عقد صحيح أو عقد غير صحيح ، اذ المناط هنا في حرمة المصاهرة هو الدخول ، وقد حصل فعلاً .

واذا حصل الزواج بالمحرمة بسبب المصاهرة فانه يكون فاسداً تطبيقاً للمادة ٥٤ من قانون حقوق العائلة .

(١) الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية للمؤلف ص ١٥٢ في النسب وكذلك المراجع العديدة بهامش هذه الصفحة - عمر عبد الله ص ١٠٨ ، ١٠٩ .

اختنا فقد نبه بذلك الى انه اجرى الرضاع مجرى النسب ، فيشير النص على الامهات وعلى الاخوات الى الباقي ، لان المحرمات بسبب النسب قسمان : قسم ولاد ، وهو محصور في عمود النسب ، وقسم حواش وهو ما كان غير ذلك من اخ وعم وهكذا . فذكر الام من القسم الاول وذكر الاخت من القسم الثاني فيه تنبيه الى الحكم على الباقي بالتحريم .

واما السنة فقد روى ان النبي ﷺ لما طلب اليه ان يتزوج ابنة عمه حمزة قال : « انها لا تحل لي ، انها ابنة اخي من الرضاعة ، ويحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » . وروى ايضا ان عائشة رضي الله عنها كانت قد رضعت من امرأة ابى القعيس من ولادة منسوبة اليه ، فجاء افلح أخوه يستأذن عليها ، فلم تأذن له ، وقالت : انما ارضعتني امرأة أخيه ، فلا آذن لم حتى استأذن رسول ﷺ . فلما ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ايذني له فانه عمك » (١) .

وقد اتفق الجمهور ايضا على انه يحرم بالرضاع ما يحرم بالمصاهرة ، لان الشريعة الاسلامية لما اعتبرت المرضعة اما للرضيع مثل الام النسبية كلبنت أم زوجة الرجل رضاعا مثل امها نسبا ، وبنت زوجته رضاعا مثل بنتها نسبا . ولما اعتبرت زوج المرضعة ابا للرضيع والرضيع ابنا له كانت زوجة الاب الرضاعي كزوجة الاب النسبي ، وزوجة الابن الرضاعي كزوجة الابن النسبي .

ولهذا اتفق الجمهور على انه يحرم بالرضاع كل ما يحرم بالمصاهرة . وقرروا قاعدة عامة في التحريم بالرضاع ، وهي : كل من تحرم بالقرابة أو بالمصاهرة تحرم بالرضاع (٢) .

(١) محمد ابو زهرة ص ٧٠ ، ٧١ - فتح القدير جزء ٣ / ص ٣١٣ .

(٢) عمر عبد الله ص ١٠٩ ، ١١٠ .

وقد نازع ابن تيمية وابن القيم في ان المرأة التي تحرم بالمصاهرة =

- ٦٠ -

وعلى ذلك فالاصناف الاربعة التى تحرم بالقربة وكذا الاصناف الاربعة التى تحرم بالمصاهرة تحرم بسبب الرضاع .

٦٠ - فيحرم بسبب الرضاع ما يحرم بسبب النسب .

وعلى ذلك :

(١) يحرم على الشخص اصوله من الرضاع ، اى امه رضاعا وجدته رضاعا من اى جهة ، ومهما علت .

(٢) وكذلك فروعه من الرضاع ، اى بنته رضاعا ، وكذا بنت ابنه رضاعا وبنت بنته رضاعا مهما نزلتا .

(٣) وفروع ابويه من الرضاع ، اى اخواته . وبنات اخواته وبنات اخوته من الرضاة مهما نزلن ، ويستوى في ذلك ان يتحد زمن الرضاة او لا يتحد ، فكل من رضع من امرأة اصبح اخا لاولادها مهما اختلفت اوقات الرضاة .

(٤) وفروع الجد والجدة من الرضاع بشرط ان ينفصلن بدرجة واحدة، اى العمات والخالات رضاعا .

٦١ - ويحرم بسبب الرضاع ما يحرم بسبب المصاهرة .

وعلى ذلك :

= تحرم بالرضاع . وسندهما ان القرآن الكريم لم ينص على تحريم الرضاع الا من جهة النسب ، ولم ينبه على التحريم به من جهة المصاهرة مطلقا ، والنبي ﷺ حرم بالرضاع ما يحرم بالنسب فقط (الاختيارات العلمية لابن تيمية ص ١٢٦ - مجموعة فتاوى ابن تيمية جزء ٤ / ص ١٤٩ - زاد المعاد جزء ٢ / ص ٢١٥ ، ٢١٦ - محمد ابو زهرة ص ٧٢ وما بعدها . وقد مال لراى ابن تيمية وتلميذه ابن القيم - محمد يوسف موسى ص ١٢٧ ، ١٢٨) .

- ٦١ -

(١) يحرم على الشخص اصول زوجته رضاعا ، اى امها وجدتها رضاعا وان علنا ، ومن اى جهة كانت الجدة ، ويستوى ان يكون قد دخل بزوجه أو لم يدخل .

(٢) وفروع زوجته من الرضاع ، اى بنتها وبنت بنتها وبنت ابنها من الرضاع مهما نزلت اذا كان قد دخل بزوجه .

(٣) وزجة احد الاصول من الرضاع ، اى زوجة ابيه أو جده من الرضاع وان لم يدخل الاب أو الجد بزوجه .

(٤) وزوجة احد فروعه من الرضاع ، اى زوجة ابنه رضاعا ، أو زوجة ابن ابنه رضاعا أو ابن بنته رضاعا ، وان سفل ، وسواء اكان قد دخل بها ام لم يدخل (١) .

٦٢ - شروط الرضاعة المحرمة :

(١) يجب لكى يكون الرضاع محرما ان يحصل في الصغر وهذا هو ما عليه الجمهور . ودليل ذلك ما روى عن الرسول ﷺ من قوله : « انما الرضاعة

(١) محمد ابو زهرة ص ٦٩ وما بعدها .

وقد اورد مع ذلك بعض حالات تثبت مع النسب علاقة ، ولا تثبت في الرضاع اى علاقة ، خلافا لقاعدة : ان من يحرم من النسب يحرم من الرضاع ، وان المصاهرة الرضاعية كالمصاهرة النسبية . وقال انه في هذه الاحوال لا يكون تحریم ، لانه لم توجد رابطة رضاع أو مصاهرة . فليرجع الى هذا المرجع من شاء المزيد .

ملحوظة : مذهب جمهور الفقهاء على ان الرضاع محرم بالنسبة للرجل الذى هو سبب في ادرار لبن المبرضة ، كما انه محرم بالنسبة للمبرضة . لكن قيل انه لا تثبت الحرمة من الرجل بالرضاع . وقد نقل هذا الراى عن بعض الصحابة وبعض التابعين ومن هؤلاء : سعيد بن المسيب وعطاء بن يسار والنخعي ، وتبعهم الشافعي في احد قوليّه .

(راجع في هذا وفي حجج الفريقين : فتح القدير جزء ٣ / ص ٣١٣ - محمد أبو زهرة ص ٧٢ ، ٧٣ - عمر عبد الله ، هامش رقم ١ / من صفحة ١١١) .

من المجاعة ، ، اى ان الرضاع المحرم هو ما يدفع اليه الجوع وهذا لا يكون
الا في الصغر . ومن قوله : « لا رضاع الا ما انشز العظم وانبت اللحم » (١) .
وهذا لا يكون الا في الصغر . ومن قوله : « لارضاع الا ما كان في
الحولين ، » .

وقد حد ابو حنيفة مدة الرضاع بثلاثين شهرا ، وحد الصحبان
والشافعي ومالك هذه المدة بستين كاملتين . وهـد ايضا مذهب احمد وداود
الظاهري . وذلك بصرف النظر عن الفطام في الرأيين .

استدل أبو حنيفة بقوله تعالى : « حملته امه كرها ، ووضعتـه كرها ،
وحمله وفصاله ثلاثون شهرا » : لان الله تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة وهي
ثلاثون شهرا فكانت لكل واحد منهما بكمالها ، كان يقول الشخص : اجلت
الدين الذى لى على فلان والدين الذى لى على فلان سنة فالمفهوم من هذا أن
السنة بكمالها مضروبة اجلا لكل من الدينين . والدليل قام على ان مدة الحمل أقل
من ثلاثين شهرا ولم يقم الدليل على ان مدة الفصال اقل من ذلك فتبقى كاملة .
واما قوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن اراد أن
يتم الرضاعة » (٢) فالمراد به ان المدة التى تستحق المـرضعة على الارضاع
فيها اجرا هي سنتان ، وهذا لا يقتضي ان انتهاء مدة الرضاعة بالحولين .

وقد استدل من قال بالسنتين بقوله تعالى : « والوالدات يرضعن اولادهن
حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة » (٢) .

فقد جعل الله تعالى تمام الرضاعة بالحولين ، ولا مزيد على التمام .
وكذلك بقوله تعالى : « وفصاله في عامين » (٣) .

(١) انشز العظم : أى رفعها الى موضعها وركب بعضها على بعضها ومنه
قوله تعالى : « وانظر الى العظام كيف ننشزها ثم نكسوها لحما » .

(٢) سورة البقرة ، آية رقم ٢٣٣ .

(٣) سورة لقمان ، آية رقم ١٤ .

(٢) ان يحصل الرضاع من لبن امرأة ، فلو حصل من لبن بهيمة فانه لا يحرم .

(٣) ان يحصل التحقق من وصول اللبن الى الجوف بطريق الفم أو الانف .
فاذا التقم الرضيع ثدى المرأة ولم يعلم وصول اللبن الى جوفه فلا يثبت التحريم . ولا يثبت التحريم كذلك اذا حقن باللبن او اقطر في الاذن لان اللبن في مثل هذه الحالات لا يكون مغذيا عادة والتغذى مناط التحريم (١) .

(٤) وهل يشترط قدر معين من اللبن لثبوت التحريم أم لا ؟ .

أ - عند الحنفية ، وكذلك في مذهب مالك والاوزاعي والثوري ورواية عن أحمد وغيرهم كثير انه لا يشترط في الرضاع المحرم قدر معين ، فيستوى ان يكون مرة أو أكثر من مرة ، مشبعا أو غير مشبع .

وسندا هذا الرأي قوله تعالى : « وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة » . وقول الرسول ﷺ : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » . فالشارع جعل الرضاع سببا في التحريم ولم يقيد ذلك بعدد معين من الرضعات ولا بكمية معينة . فمتى حصل الرضاع ثبت التحريم بصرف النظر عن الكمية أو الكيفية .

ب - وعند الشافعي وأحمد في ظاهر مذهبه وكذلك ابن حزم الظاهري يجب لثبوت الحرمة بالرضاع ان يكون خمس رضعات مشبعات في خمسة اوقات متفرقات فاذا كان دون ذلك فلا يتعلق به تحريم .

= ملحوظة : هناك في مدة الرضاع اقوال اخرى منها قول زفر الذي يجعل مدة التحريم سنة بعد الفطام في الحولين . ومنها قول الاوزاعي بأن الصغر يحده الفطام التام من غير امد معلوم ، لانه الحد الذي يفصل بين الاستغناء وعلمه .
ويراجع في مدة الرضاع المحرم : الجوهرة النيرة ج / ٢ ص ٩٥ - ٩٦ - ابن عابدين ج / ٢ ح ص ٥٥٤ - ٥٥٥ - فتح القدير ج / ٣ ص ٥ وما بعدها - المدونة الكبرى ج / ٥ ص ٨٨ وما بعدها - مواهب الجليل ج / ٤ ص ١٧٩ - المهذب للشيرازي ج / ٤ ص ١٦٦ - المغنى ج / ٩ ص ٣٠٣ .
(١) عمر عبد الله ص ١١٣ .

وسند هؤلاء ما روى عن عائشة رضي الله عنها من قولها : « خمس رضعات مشبعات يحرم » ، وان علة التحريم بالرضاعة كونه منبثا للحم ومنشزا للعظم ، وهذا لا يتحقق الا برضاع يوم كامل على الاقل ، ولا يكون بما دون خمس رضعات مشبعات (١) .

وهذا الرأي هو الذى اميل اليه لما فيه من توسعة ، على الناس . .
ولا يشترط لتحقيق الحرمة بالرضاع كون الارضاع حصل من المرأة في زمن واحد ، وعلى ذلك فالارضاع ولو حصل في ازمان متباعدة يثبت به الحرمة .

٦٣ - حكمة التحريم بالرضاع :

(١) بالرضاع ينبت اللحم وينشز العظم ، وعلى ذلك فالمرضع تغذى الرضيع بجزء من جسها ، لان اللبن الذى تغذيه به انما هو ناتج من دمها . فالام الحقيقية تغذى الجنين بالدم وهو في بطنها والمرضعة تغذيه بدمها بعد ان يولد فاذا كانت الام الحقيقية محرمة على ابنها حرمة مؤبدة لانه جزءها ، فكذاك التى ارضعته اخذا بالاعتبار المذكور .

(٢) والطفل في بيت مرضعته يكون مندمجا في اسرتها وهى في الاسرة التى ترضع احد اولادها تكون كفرد منها ، وهذه العلاقة المتشابهة توجب التحريم في الرضاع ، كما توجبه في كثير من الاحوال في النسب .

(٣) وفضلا عن ذلك فان التحريم بالرضاعة يشجع على الارضاع ، لان الدين يحفظ للمرضع كرامتها وينزلها منزلة الام فتوجد بذلك الحلول لمن

(١) وهناك اقوال اخرى تقوم على ان التحريم لا يثبت باقل من ثلاث رضعات ، واخرون على انه لا يثبت باقل من سبع رضعات ، وقيل لا يثبت باقل من عشر رضعات .

يراجع في هذه الاقوال وفي مقدار الرضاع المحرم عموما : محمد ابو زهرة ص ٧٤ - ٧٦ وكذلك عمر عبد الله ص ١١٣ ، ١١٤ .

- ٦٥ -

لا امهات لهم يرضعنهم أو لهم امهات عاجزات عن الارضاع ، وهذا بدوره
مشجع على النسل (١) .

(١) تنص المادة (١٨) من قانون حقوق العائلة على أن : « تزوج
النساء بالرجل الذي بينه وبينهن قرابة بالرضاع ممنوع ابدا كالنساء
ذوات الرحم المحرم المذكورات في المادة السابقة » . والنساء المذكورات في
المادة ١٧ المذكورة هي اربعة اصناف : الاول : ام الرجل وجداته .
والثاني البنات والحفدة الاناث . الثالث : الاخوات وبنات الاخوة والاخوات
مطلقا وحفدتهن الاناث . والرابع : العمات والخالات مطلقا ، .

والزواج بالمحرمة على الشخص بسبب الرضاعة حكمه انه فاسد ، وهذا
هو صريح نص المادة ٥٤ من قانون حقوق العائلة .

(م ٥ - الاحوال الشخصية)

المبحث الثانى

المحرّمات على سبيل التّأقيت

٦٤ - التّحرّيم على سبيل التّأقيت يكون في مواضع هي :

- ١ - الجّمع بين المحارم •
 - ٢ - حرمة المطلقة ثلاثا على مطلقها حتّى تنزّوج غيره ويدخل بها ، ثمّ يطلقها وتنتهى عدتها •
 - ٣ - حرمة التّزّوج بخامسة لمن عنده اربع زوجات فى عصمته •
 - ٤ - حرمة تزّوج الامة على الحرّة •
 - ٥ - حرمة تزّوج زوجة الغير والمعتدة من الغير •
 - ٦ - حرمة تزّوج الملاعنة من الذى لاعنها حتّى يكذب نفسه •
 - ٧ - تحرّيم تزّوج من لا تدين بدين سماوى •
- وفيما يلى نتعرض بالبيان لاهم هذه الاحوال :

المطلب الاول

الجمع بين المحارم

٦٥ - ثبتت حرمة الجّمع بين المحارم بالكتاب والسنة والاجماع :

اما عن الكتاب فقد قال تعالى : « وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف » ، وهو معطوف على « حرمت عليكم امهاتكم » • ومعنى : « الا ما قد

سلف » : الا ما كان منكم فى الجاهلية لم يدركه الاسلام فانه معفو عنه ، لكن حتى مع هذا لا يحل امساك ما قد سلف بعد العلم بالحرمة • فالآية تمنع الجمع بين الاختين ابتداء وتمنع الابقاء على ما كان من جمع بين الاختين قبل نزول المنع •

واما السنة فقد روى عن الرسول ﷺ قوله : « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها • فانكم ان فعلتم ذلك قطعتم ارحامكم » •

والمأخوذ من النصوص المذكورة ان حرمة الجمع بين الاختين سنده عبارة نص القرآن الكريم • وحرمة الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها والعكس سنده عبارة الحديث الشريف المذكور ، فضلا عن ذلك فهي مأخوذة من دلالة نص الآية المذكورة لان العمة والخالة تشبهان الام لبنت الاخ وبنت الاخت ، وهما تشبهان الولد للعمة والخالة فيكون التحريم هنا مأخوذا من دلالة النص بطريق الاولى لان اقتضاء هذه القرابة لترك المضارة اقوى من اقتضاء قرابة الاختية لمنعها والاجماع على تحريم الجمع بين الاختين والجمع بين الباقيات من المحارم • وشذ البعض بالنسبة لغير الاختين ، فقد قال عثمان البتى : يجوز الجمع بين المحارم غير الاختين ، وهو مذهب داود الظاهرى والخوارج ، وقد وقفوا عند نص الآية وحدها • ولكن يرد ذلك بالحديث المذكور فضلا عن دلالة نص الآية • ولأن الجمع في المحرمات كلهن يفضي الى القطيعة ، وهذه قرابة واجبة الوصل فيحرم الجمع •

وقد استنبط الفقهاء من النصين المذكورين قاعبة في تحريم الجمع بالزواج بين امرأتين تربطهما علاقة محرمة من النسب أو الرضاع ، وقالوا : يحرم الجمع بين كل امرأتين ايتهما فرضت رجلا لا يجوز له ان يتزوج بالآخرى •

٦٦ - وجمهور الفقهاء على ان حرمة الجمع تكون اذا كانت الحرمة من الجانبين بمعنى ان كل واحدة منهما اذا فرضت رجلا حرمت عليه الاخرى •

وهذا متحقق في مثل الاختين والعمة وبنت اخيها والخالة وبنت أختها . اما اذا كانت الحرمة من جانب واحد فلا يحرم الجمع ، وعلى ذلك يجوز الجمع بين المرأة وبنت زوج كان لها ، وبين المرأة ومن كانت زوجة لابنها ، لعدم امكان فرض زوجة الاب ذكرها لانها ان فرضت ذكرها فلا يمكن مع هذا الفرض اعتبارها زوجة اب .

وقد صح ان عبد الله بن جعفر جمع بين امرأة على بن ابي طالب رضي الله عنه وبنته من غيرها ولم ينكر احد من الصحابة والتابعين الذين كانوا موجودين في ذلك الوقت عليه هذا الامر .

ولكن زفر خالف ذلك فقد قال انه لما ثبت الامتناع من وجهه فلا حوط الحرمة ومذهب زفر هو مذهب ابن ابي ليلى والحسن البصري وعكرمة .

٦٧ - وجمهور الفقهاء على تحريم الجمع بين محرمين ، سواء كانت الحرمة بسبب النسب أو بسبب الرضاع كما قدمنا . وقد خالف الجمهور ابن تيمية وتلميذه ابن القيم فأجازا الجمع بين المحارم بسبب الرضاع لعدم ورود نص محرم في حالة الرضاع ، ولان النصوص التي حرمت الجمع انما كانت لصلات النسب لان هذه الصلوات هي التي تفهم عند الاطلاق ، ولان المعنى الذي شرع لاجله التحريم وهو ما في الجمع من قطيعة للرحم لا يتحقق في الرضاع ، فلا رحم يوجد الرضاع بدليل ان الصلوات الرضاعية لا توجب النفقة ولا التوارث، وليس لها من اثر سوى التحريم فيجب الوقوف عند مورد النص ومما في معناه .

٦٨ - والوقت الذي يحرم فيه الجمع بين محرمين هو وقت قيام الزوجية ووقت قيام العدة . ويستوى في العدة في مذهب ابي حنيفة ان تكون من طلاق رجعي ، أو من طلاق بائن ، ففي الطلاق الرجعي تبقى كل آثار الزوجية وفي الطلاق البائن تبقى بعض هذه الآثار ومنها وجوب النفقة والقرار في مسكن الزوجية وثبوت النسب ان جاءت بولد وتوافرت فيه شروط ثبوت

- ٦٩ -

نسبه من المطلق • وبقاء اثار الزوجية او بعضها يكفي لحرمة الجمع •
فاذا فارقتها وانقضت العدة او ماتت جاز له ان يتزوج من كان يحرم عليه
ان يجمع بينها وبين من كانت زوجة له • وانقضت عدتها او ماتت • وقبل ذلك
لا يجوز له الجمع •

وقد خالف الشافعى ومالك وابن أبى ليلى فقالوا بالتفريق في هذا المقام
بين المعتدة من طلاق رجعى والمعتدة من طلاق بائن • فحرموا الجمع حال
العدة من طلاق رجعى ، ولم يحرموه حال العدة من طلاق بائن ، لأن المطلق في
الرجعى له ان يستبد بمراجعة زوجته في أى وقت حال العدة ، وليس له ذلك
في البائن ، ففارق البائن الرجعى في حكم عدم الجمع •

ومذهب الحنفية فيه احتياط واجب • ومذهب الشافعى في الجمع بين
المحرمين في عدة الطلاق البائن يغرى بالعداوة وبقطع الرحم ، ومنع ذلك من
مقاصد الشارع الاسلامى في عدم الجمع بين المحارم •

٦٩ - حكم الزواج اذا حصل جمع بين المحارم :

اذا كان في عصمة الرجل امرأة وتزوج عليها ذات رحم محرم لها فان
الزواج بالثانية غير صحيح •

واذا تزوج محرمين معا في صيغة واحدة لم يصح نكاحهما اذ لا يمكن
ترجيح عقد أحدهما بالصحة فيكون كل منهما فاسدا وتجب المشاركة ما دام
قد استوفي كل منهما جميع الشروط ما عدا هذا الشرط • اما اذا اختل أحد
العقدين اختلالا ليس مرجعه هذا الشرط فان العقد الآخر هو الذى يكون
صحيحا فقط •

واذا كانت المشاركة قبل الدخول فلا مهر ولا عدة لواحدة منهما ، لأن
هذا هو حكم النكاح غير الصحيح ، اذ لا أثر له قبل الدخول •

اما اذا حصل الدخول فان الأثر الشرعى يثبت بالدخول مع وجود الشبهة فاذا دخل باحدهما تثبت لها العدة ويجب لها مهر المثل على الا يزيد عن المهر المسمى . وان حصل الدخول بهما وجب لهما المهر ، فيجب لكل واحدة منهما مهر مثلها على الا يزيد عن المسمى .

وان كان تزوجهما في عقدتين ولا يدري ايتهما كانت الاولى فانه يفرق بينهما وبينه لوجود الشبهة بالنسبة لكليهما وعدم حلها مجتمعتين ، وان دخل بهما وجب لكل منهما مهر المثل بشرط الا يزيد عن المسمى . وان كانت الفرقة قبل الدخول وكل منهما تدعى أن زواجهما هو الأول من غير حجة مثبتة يقضي لهما بنصف المهر ويكون بينهما ، ويرى أبو يوسف الا شيء لهما . وان كانت كلتاهما تقول : لا أدري أينا اسبق فلا شيء لهما من المهر ان كانت المشاركة قبل الدخول ، لكون المدعية زواجا صحيحا مجهولة ، والحقيقة مجهولة (١) .

(١) يراجع في عدم الجمع بين محرمين : الزيلعي والشلبى جزء ٢ / ص ١٠٣ وما بعدها ، طبعة اولى سنة ١٣١٣ بالمطبعة الاميرية ببولاق - محمد ابو زهرة ص ٧٩ وما بعدها - عمر عبد الله ص ١٣٤ وما بعدها .

ملحوظة : المادة (١٦) من قانون حقوق العائلة على أن : « جمع امرأتين بالنكاح كل منهما محرم للآخرى نسبا أو رضاعا ممنوع . ومن المعلوم ان جمعهما ممنوع ابدا اذا كانت كلتاهما لو فرضت ذكرا لا يجوز تزوجه بالآخرى كالاختين . اما اذا كانت احدهما لو فرضت ذكرا ممنوع تزوجه بالآخرى وبالعكس غير ممنوع فيجوز جمعهما بالنكاح كالبنات وزوجة الاب » .

والنص على تحريم الجمع بين محرمين بسبب الرضاع اتبع فيه رأى الجمهور . وقد اتبع رأى الجمهور ايضا في اشتراط كون الحرمة من الجانبين لكى يحرم الجمع وهذا خلافا لرأى زفر على ما مر .

هذا وبالنسبة لحكم زواج المرأتين الممنوع جمعهما بالنكاح فقد نصت المادة ٥٣ من القانون المذكور على أن : « المرأتان الممنوع جمعهما بالنكاح بموجب المادة السادسة عشرة اذا كانت احدهما اتمت النكاح فنكاح الثانية فاسد » .

ومعنى ذلك ان الزواج المتأخر هو الفاسد دون المتقدم عليه ما دام قد توافرت له شروطه .

المطلب الثاني

المطلقة ثلاثا حتى تتزوج زوجا آخر

♦ ٧ - يملك الزوج على زوجته في الاسلام ان يطلقها ثلاث تطليقات . فان طلقها طلاقا رجعيا كان له حال العدة ان يراجعها بدون عقد ولا مهر جديدين وبدون حاجة الى رضائها ، وله ذلك مرة ثم مرة . وان انقضت عدتها دون مراجعة فله ان يعيدها الى عصمته مرتين كل منهما بعقد ومهر جديدين . وله ذلك ايضا اذا طلقها طلاقا بائنا سواء اكانت في العدة أو بعدها . اما اذا طلقها الثالثة فقد حرمت عليه حرمة مؤقتة فلا يكون له ان يتزوجها الا اذا تزوجت بغيره بعد انقضاء عدتها منه ودخل بها دخولا حقيقيا ثم مات عنها أو طلقها وانقضت عدتها منه .

٧١ - والدليل على الحرمة المؤقتة بعد الطلقة الثالثة قوله تعالى : « الطلاق مرتان ، فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان » : وقوله جل شأنه بعد ذلك : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » . ويستفاد من ذلك ان الزوج اذا طلق زوجته طلقة مكملية للثلاث فليس له ان يتزوجها ما لم تتزوج غيره ويطلقها وتنقضي عدتها .

اما اشتراط ان يدخل بها الزوج الثاني لتحل للاول بعد انقضاء عدتها من الثاني فثابت من السنة فقد قال النبي ﷺ لمن أرادت ان ترجع لزوجها الاول الذي طلقها ثلاثا بعد طلاقها من الثاني قبل الدخول : « لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك » . وهذا التعبير من الرسول ﷺ كناية عن الدخول . وهذا هو مذهب الجمهور .

وقد روى عن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير عدم اشتراطهما الدخول .

ومن حكمة الشارع في الحرمة المؤقتة بعد الطلاق الثلاث ان كلا الزوجين يجتهدان في الابتعاد عن اسباب الطلاق حتى لا يصلا لحالة بعدها لا يكون من

الممكن عودتهما للحياة الزوجية ما لم يحصل زواج من آخر ثم طلاق وانقضاء عدة . وحل الزواج للمطلق بعد انتهاء الزواج الثاني لأن الزوجة وقد خبرت الزواج بغير مطلقها وعادت اليه بعده الشأن فيها تحرى أسباب دوام الزوجية كما ان الزوج وقد كان الطلاق سبب الحرمة الشأن فيه ان يحافظ على الزوجية الجديدة ما أمكن^(١) .

المطلب الثالث

تحريم زواج الخامسة لمن في عصمته أربع

٧٢ - الرجل له ان يجمع في عصمته أربع نسوة ولا يباح له ان يزيد عن ذلك فاذا كان في عصمته أربع نسوة حقيقة بأن كن زوجات له يحرم عليه التزوج بخامسة وان كان في عصمته أربع نسوة حكما بأن كن في العدة أو كان بعضهن كذلك وباقيهن زوجات له فانه يحرم عليه أيضا ان يجمع اليهن خامسة . وهذه الحرمة مؤقتة تزول بنقص ما في العصمة عن أربع فيكون له الاكمال لهذا العدد ولا يكون له الزيادة عليه^(٢) .

٧٣ - والدليل على اباحة التزوج بأكثر من واحدة والاقتصار على أربع الكتاب والسنة والاجماع .

اما الكتاب فقوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتن الا تعدلوا فواحدة »^(٣) .

(١) نصت المادة (١٥) من قانون حقوق العائلة على انه : « لا يجوز لاحد ان يتزوج المرأة التي طلقها ثلاثا ما دامت البينونة القطعية باقية » . وحكم الزواج هنا لو تم انه فاسد طبقا للمادة ٥٤ من القانون المذكور .

(٢) وقد خالف الامام الشافعي في العدة من طلاق بائن فلم يقل بتحريم الزواج بخامسة في العدة من طلاق بائن لمن في عصمته أربع نسوة على أساس ان عقد زواج المعتدة من طلاق بائن قد فصح بالطلاق فلم يعد قائما . وهذا مذهبه في حل الجمع بين محرمين في العدة من طلاق بائن وقد مر ذكره ولكن الراي الآخر هو الذي عليه الجمهور .

(٣) سورة النساء آية رقم ٣ .

واما السنة فمنها ما رواه الترمذى عن عبد الله بن عمر ان غيلان بن سلمه الثقفى أسلم وله عشر نسوة في الجاهلية فاسلمن معه فامرہ النبى ﷺ ان يتخير منهن اربعا فقط . فقال له : « امسك اربعا وفارق سواهن » .

واما الاجماع فقد انعقد اجماع المسلمين قولاً وعملاً في حياة الرسول ﷺ وبعده حتى الآن على اباحة التعدد وقصره على اربع وقد كان التعدد صنيع كثير من الصحابة والتابعين (١) .

(١) محمد أبو زهرة ص ٨٣ وما بعدها - عمر عبد الله ص ١٣٨ وما بعدها .
والاقتصار على اربع هو مذهب جمهور المسلمين ، لم يشذ عنه الا من لا يعتد برأيهم .

ومن هؤلاء الشذاذ من اجاز الجمع بين تسع نسوة على اساس ان آية التعدد عطلت بين الاعداد الواردة فيها وهي : مثنى وثلاث ورباع ، بالواو التى تفيد الجمع ، فيكون المجموع تسعا . وقد اجاز ذلك الروافض .

ومنهم من اجاز الجمع بين ثمانى عشرة على اساس ان معنى مثنى وثلاث ورباع : اثنان اثنان وثلاث ثلاث واربع اربع وقالوا ان الواو للجمع فيكون المجموع ثمانى عشرة . وعلى هذا بعض اهل الظاهر والخوارج .

وليس ذلك فقط بل ان هناك من قالوا باباحة التعدد لغير حد وقالوا ان الآية لا تفيد التقيد بعدد محدد بل هي تفيد الاباحة المطلقة في العدد .

والصحيح هو مذهب الجمهور الذى يحدد العدد بأربع نسوة وتكون : مثنى وثلاث ورباع : في الآية الكريمة معدولة عن اثنين وثلاث واربع وهذا يكون انه يباح جمع اثنين ، او جمع ثلاث ، او جمع اربع ، ولم للتكرار فيكون المعنى تزد الآية على ذلك فيوقف عند هذا القدر . والمعطف في الآية على نية تكرار العامل فمعنى الآية : انكحوا اثنين اثنين ، وانكحوا ثلاثا ثلاثا ، وانكحوا اربعا اربعا . . فيكون المراد بالمعطف جمع الفعل لا جمع العدد .

ملحوظة : المادة ١٤ من قانون حقوق العائلة على أن « تزوج الرجل الذى له أربع زوجات منكوحات او معتدات بامرأة أخرى ممنوع » ، وظاهر من هذا النص انه لا يفرق بين ان تكون المدة من طلاق بائن أو من طلاق رجعى . وحكم الزواج هنا لو تم انه فاسد طبقاً للمادة ٥٤ من القانون المذكور .

المطلب الرابع

تحريم الزواج بزوجة الغير ومعتدبة

٧٤ - يحرم الشارع على الشخص ان يتزوج زوجة غيره ، سواء أكان الزواج قائما حقيقة أم حكما بقيام العدة .

والدليل على حرمة التزوج بزوجة الغير قوله تعالى : « والمحصنات من النساء » . فهذه معطوفة على قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » : . فيكون المعنى : وحرم عليكم زواج المحصنات من النساء . والمحصنات هنا معناها ذوات الأزواج .

والدليل على حرمة تزوج المعتدة من طلاق قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » . والقرء هو الحيضة لدى الحنفية ، والطهر في مذهب الشافعي . والتربص معناه الانتظار هذه المدة بدون زواج بغير مطلقها .

وثبت تحريم الزواج من معتدة الوفاة دليلا قوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة اشهر وعشرا » .

والحكمة في تحريم التزوج بزوجة الغير ومعتدته مراعاة حق الزوج أو المطلق حال العدة ولكيلا تختلط الأنساب . وهذا ليس موجودا بالنسبة لنفس المطلق ، ولذلك فله مراجعة مطلقة رجعية حال العدة ولو بدون رضاها . ويمكن في عدة البائن ان يعيدها الى عصمته بعقد ومهر جديدين ، الا ان يكون الطلاق مكملًا للثلاث فليس له ان يتزوجها حتى تتزوج زوجا غيره ، وقد مر بيان حكم هذا الأمر (١) .

(١) يلحق الفقهاء بعدة الطلاق عدة الدخول في الزواج الفاسد وعدة الدخول بشبهة ، وعلى ذلك فتحرم المعتدة من دخول في زواج فاسد او في وطء بشبهة على من يريد ان يتزوج بها حال قيام العدة .

==

وما حكم التزوج بالزانية :

المطلب الخامس

تحريم الزواج بمن لا تدين بدين سماوى

٧٥ - يقصد بالدين السماوى الدين الذى كان له كتاب منزل في الزمن الذى نشأ فيه ، وله نبى مبعوث مذكور في القرآن الكريم . ومثل ذلك الدين الموسوى والدين المسيحى .

= حالها لا يخرج عن الفروض الآتية :

١ - ان يتزوج بها من زنى بها وقبل ان يظهر بها حمل من الزنى . وهنا اتفق الجمهور على انه يحل لمن زنى بها تزوجها في الحال والدخول بها بعد العقد مباشرة .

٢ - وان يتزوج بها من زنى بها وهى حامل منه من الزنى . وحكم هذه هو حكم سابقتها لدى الجمهور .

٣ - ان يتزوج بها غير من زنى بها ولم يظهر بها حمل . وهنا يجوز له ان يعقد عليها وان يدخل بها بعد العقد مباشرة وذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف . وعند محمد يكره الدخول بها ما لم يستبرئها بحيضة لاحتمال ان تكون قد حملت من الزنى .

٤ - ان يتزوجها غير من زنى بها وهى حامل من الزنى . وهذه الحالة محل خلاف بين الفقهاء .

فعند ابي حنيفة ومحمد والشافعى هى حلال له فله تزوجها في الحال اذ هى لم تذكر في المحرمات فتكون حلالا بنص الكتاب العزيز : « واحل لكم ما وراء ذلكم » ولكن لا يجوز له مع ذلك الدخول بها حتى تضع الحمل لقول الرسول ﷺ : « لا يخل امرئ يؤمن بالله واليوم الآخر ان يسقى ماؤه زرع غيره » .

وابو يوسف وزفر وكذلك مالك واحمد ذهبوا الى انه لا يصح العقد عليها وهى حامل احتراماً لحملها الذى لا جناية منه ، فضلاً عن ذلك فان العقد على المرأة يكون لاجل الدخول ، وهو ممنوع بالاتفاق فيكون العقد الذى هو وسيلته ممنوعاً .

(محمد ابو زهرة ص ٩٢ هامش رقم ١ / وكذلك عمر عبد الله ص ١٢٣)

ملحوظة : المادة ١٣ من قانون حقوق العائلة على أن : « التزوج بمنكوحه الغير ومعتدته ممنوع » . وهو اذا حصل يكون فاسداً طبقاً للمادة ٥٤ من القانون المذكور .

وعلى ذلك يدخل فيمن لا يدين بدين سماوى من لا دين له ، ومن يدين بدين لم يشرعه الله تعالى كالمجوسي الذى يعبد النار والمشرى الذى يعبد الأصنام والأوثان والهندوكى الذى يعبد البقر . ويدخل في هذا الفريق أيضا المسلم الذى ارتد عن الاسلام ولو كانت ردة الى دين سماوى .

وكل من لا يدين بدين سماوى على التفصيل المذكور يدخلون في عموم قوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ، ولامة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ، ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ، ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم ، أولئك يدعون الى النار ، والله يدعو الى الجنة والمغفرة باذنه » (١) .

وعلى ذلك فيحرم على المسلم ان يتزوج بمن لا تدين بدين سماوى استنادا على هذه الآية الكريمة . وهى قد ذكرت الحكمة في هذا التحريم فهو لا يدعون الى النار بينما الله يدعو الى الجنة فهناك تنافر مستحكم وخلاف شامع بين المسلمين وبينهم . والمسلم الذى يتزوج واحدة منهم اما يناسبها العداء لدينها فلا يكون هناك وئام ولا استقرار واما ان يتأثر بها فتفسد عليه عقيدته وتفسد نتاج هذا الزواج من الأولاد ، وكلا الفرضين شر ، لهذا حرم الزواج بمن ليس لها دين سماوى .

٧٦ - والمسلم يحل له لدى جمهور الفقهاء ان يتزوج بالكتابية كاليهودية والنصرانية . ودليل ذلك قوله تعالى : « اليوم احل لكم الطيبات ، وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم ، وطعامكم حل لهم ، والمحسنات من المؤمنات ، والمحسنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم » (٢) . فهذه الآية صريحة في حل التزوج بالكتابية .

وفضلا عن ذلك فان الصحابة اجمعوا عدا عبد الله بن عمر على جواز الزواج بالكتابيات .

(١) سورة البقرة ، آية رقم ٢٢١ .

(٢) سورة المائدة ، آية رقم ٤ .

وانما كان جواز الزواج بالكتابات لان الكتابية على كل حال تلتقى مع المسلم في أساس الفضائل ، لأن الاديان السماوية كلها واحدة الاصل فيمكن في هذا الزواج ان تنوم العشرة بدون ان يؤثر ذلك في العقيدة .

وعلى كل فالأفضل عدم الزواج بالكتابية الا ان يكون هناك غرض يبرره ، اذ الزواج بالمسلمة اسلم عاقبة .

٧٧ - والفقهاء على اتفاق انه لا يجوز للمسلمة ان تتزوج بغير المسلم. ولو كان كتابيا .

وسند ذلك من القرآن الكريم : يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله اعلم بايمانهن ، فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعهن الى الكفار ، لانهن حل لهن ، ولا هم يحلون لهن ، (١) .

وقد فرق عمر بين رجل من بنى تغلب وبين زوجته التي اسلمت . ولبن عباس قال : د اذا اسلمت النصرانية قبل زوجها فهي املك لنفسها . والاخبار استفاضت عن الصحابة على ذلك ، وهذا امر لا مجال فيه للرأى فليس الا انه مسموع من الرسول ﷺ .

وفضلا عما تقدم فان الاجماع انعقد على عدم تزوج المسلمة بغير المسلم .

وبناء على ما تقدم اذا اسلمت الزوجة وزوجها باق على دينه يعرض عليه الاسلام فان اسلم فيها ، والا فرق القاضي بينهما ، لان عدم قيام سبب من أمباب التحريم كما هو شرط لانشاء النكاح ، هو شرط لبقائه أيضا (١) .

(١) سورة المتحنة آية رقم ١٠ .

(٢) الزواج بين المسلم والكتابية من اختصاص القضاة في مصر طبقا لنص المادة ٢٧ من لائحة المأذونين . وقد جعلت لهذا الزواج وثيقة خاصة بينت فيها حقوق الزوج الشرعية حتى تكون الزوجة على علم بها .

الفصل الخامس

الولاية في الزواج

٧٨ - قلنا في الكلام عن شرط النفاذ في الزواج ان العقد لى يكون نافذا يجب ان يكون العاقد صاحب قدرة على انشاء العقد نافذا بأن تكون له قدرة على ان ينفذ احكامه . وهذا في الذى يعقد لنفسه وهو كامل الأهلية واضح وقد يكون العاقد صاحب سلطة من الشارع في ان يزوج من يعقد له ، وهذا هو الولى على النفس ، كما قد يكون وكيلًا عن صاحب الشأن في الانشاء ومباشرة صيغة العقد وهذا هو الوكيل .

وفيما يلى نخص الولاية بالكلام ثم نتبع ذلك بالكلام عن الوكالة في الزواج في الفصل التالى .

المبحث الأول

تعريف الولاية وتقسيمها

٧٩ - الولاية سلطة شرعية ، تجعل لمن تثبت له القدرة على انشاء العقود والتصرفات وكونها نافذة^(١) .

٨٠ - اقسامها :

تنقسم الولاية الى ولاية قاصرة وولاية متعدية .

والأولى : هي ولاية الشخص على نفسه وعلى ماله . **والثانية :** هي ولاية الشخص على غيره .

وتنقسم الولاية المتعدية الى **ولاية على المال وولاية على النفس** .

فالأولى : مجالها انشاء وتنفيذ العقود الخاصة بالأموال .

والثانية : هي التي تجعل لمن تثبت له القدرة على انشاء عقد الزواج الخاص بالمولى عليه وتنفيذه من غير ان تكون هناك حاجة لاجازة من أحد .
وقد تجتمع الولاية على النفس والولاية على المال في شخص واحد .
ومثلها ولاية الأب على أولاده فاقدى الأهلية أو ناقصيها .

والولاية المتعدية : تنقسم كذلك لولاية خاصة وهي التي تثبت للأفراد بصفتهم الشخصية . وإلى ولاية عامة وهي التي تثبت لرئيس الدولة ولل قضاء بالنيابة عنه .

ومحل البحث هنا في ولاية الزواج ، وهي الولاية على النفس ، وسنقتصر على الكلام فيها .

(١) ابن عابدين ج / ٣ ص ٥٤ وما بعدها - التعريفات لعلى بن محمد الشريف الجرجاني ص ٢٧٥ - الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية لزكى الدين شعبان ص ١٩٦ وقد عرف الولاية على النفس بأنها القدرة على انشاء عقد الزواج نافذا من غير حاجة الى اجازة أحد .

وتنقسم الولاية في الزواج بدورها الى قسمين :

(١) ولاية اجبار ، وفيها يستقل الولي بانشاء عقد الزواج على المولى عليه دون مشاركة احد ، ويكون العقد نافذا على المولى عليه .

(٢) وولاية ليس فيها اجبار . وتكون على المرأة الكاملة الأهلية ، سواء كانت بكرا أو ثيبا .

والحنفية يسمون هذه الولاية ولاية تدب أو ولاية استحباب ، وبها يباشر الولي العقد نيابة عن الكاملة الأهلية . وانما سميت كذلك عندهم لأن الكاملة الأهلية لها في نظرهم ان تتولى عقد زواجها بنفسها ، لكنهم يستحسنون ان يقوم وليها نيابة عنها بصيغة الزواج ، لأن العادة جرت على ان المرأة لا تتولى تزويج نفسها لانها لا تحضر مجالس الرجال . ويستفاد من ذلك ان هذه الولاية عندهم ليست في حقيقة الأمر الا توكيلا من المرأة للولي في ان يباشر عنها العقد .

وهذه الولاية يسميها غير الحنفية ولاية اختيار أو ولاية شركة لاشتراك المرأة ووليها في اختيار الزوج وهو الذي يتولى عنها مباشرة الزواج ، لأن البالغة العاقلة عندهم ليس لها ان تستقل بمباشرة العقد بنفسها سواء اكان لها أو لغيرها فوجود الولي وتوليهِ الصيغة عندهم شرط لصحة العقد خلافا للحنفية . وهو وان كان يتولى عنها مباشرة العقد الا انه ليس له ان يجبرها على الزواج بشخص معين ، ولهذا سميت هذه ولاية شركة أو ولاية اختيار .

المبحث الثانى

شروط الولى

٨١ - يشترط في ثبوت الولاية المتعدية التى منها ولاية التزويج كون الشخص حراً بالغاً عاقلاً . ويجب كذلك الاتحاد في الدين بين الولى ومن في ولايته . ولا يشترط اتحاد الدين في ثبوت الولاية العامة للشخص ولا تشترط العدالة في الولى فيجوز للفاسق أن يتولى تزويج من في ولايته ، لأن الولاية مبناها الشفقة وتقدير المصلحة وهما يكونان في الفاسق والعدل . وعلى هذا رأى أبو حنيفة ومالك ، وكذلك الشافعى وأحمد في قولين لهما ، وعليه أيضا إجماع الناس في كل العصور^(١) وقال كثير ان الذكورية شرط في الولى ومنهم الشافعى واسحق وأبو عبيد والمالكية واستندوا على ادلة منها حديث : « لا نكاح الا بولى »^(٢) وحديث « ايما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل »^(٣) ومنها ان المرأة لا ولاية لها على نفسها ففي غيرها أولى^(٤) .

وعند الامام أبى حنيفة ان المرأة لها أن تزوج نفسها وغيرها وأن توكل في النكاح^(٥) ومما استند عليه قوله تعالى : « فلا تضلوهن أن ينكحن

(١) عمر عبد الله ص ١٥١ - محمد ابو زهرة ص ١٢١ . وفيه ان هناك قولين لأحمد والشافعى بأن الفاسق ليس له ولاية التزويج - الكاسانى ج/٢ ص ٢٣٩ وما بعدها - الشرح الصغير ج/٢ ص ٣٦٩ - مغنى المحتاج ج/٣ ص ١٥٥ - الروض المربع ج/٢ ص ٢٧١ - المغنى ج/٦ ص ٤٦٦ .
(٢) مختصر سنن أبى داود للمنذرى ومعالم السنن للخطابى وتهذيب الامام ابن القيم ج/٣ ص ٢٩ .

(٣) المصدر السابق ص ٢٦ ، ٢٧ .

(٤) المغنى ج/٦ ص ٤٤٩ .

(٥) البدائع ج/٢ ص ٢٤٧ - فتح القدير ج/٢ ص ٣٩١ .

(م ٦ - الأحوال الشخصية)

- ٨٢ -

ازواجهن»^(١) فقد أضاف تعالى النكاح اليهن ونهى عن منعهن منه • كما ان الأمر خالص حقها وهي من أهل المباشرة فصح منها •

وأرى أن مذهب الجمهور أولى بالاتباع لأن المرأة تحكم العاطفة ثم ان الزواج ليس خالص حق المرأة بل للأولياء مدخل فيه •

(١) سورة البقرة آية ٢٣٢ •

المبحث الثالث

من تثبت عليه ولاية الاجبار ومن تثبت له

من تثبت عليه ولاية الاجبار :

٨٢ - تثبت ولاية الاجبار عند الحنفية على فاقد الاهلية ، وهو المجنون والمعتوه والصبيبة غير المميزة . كما انها تثبت على ناقص الأهلية وهو الصبي المميز^(١) .

٨٣ - وقد اختلف الفقهاء في علة الولاية على الصغيرة وترتب على ذلك اختلافهم في الاحكام :

(١) فالشافعي ومالك واحمد على قول ، عندهم ان علة الولاية هي البكارة ، فالولاية عندهم تتبع البكارة فتبقى على البكر حتى وان بلغت ، لأن البكر لا تعرف الرجال ، وبالعكس اذا زالت البكارة قبل البلوغ تزول معها الولاية ، وصورة ذلك ان تتزوج الصغيرة ويدخل بها ثم يفرق بينهما ، فهنا لا يصح زواجهما ثانيا حتى تبلغ ، وتشارك مع الولي في الاختيار .

(٢) وأبو حنيفة واصحابه يقولون ان علة الولاية في الصغير هي الصغر ، لأن الصغر هو سبب العجز وما وجدت الولاية الا لسد هذا العجز ، فما بقي بقاء ، وما يسرى على الصغير يسرى على الصغيرة ، ولأن الحكم بأن ولاية الاجبار تستمر على البكر بعد البلوغ مخالف للآثار ، فقد قال عليه السلام : « تستأمر النساء في ابضاعهن » . فقالت عائشة رضي الله عنها : ان البكر تستأمر يارسول الله : فقال عليه السلام : « اذنها صماتها » وروى : « سكوتها رضاها » : . ولا يعقل ان يكون البلوغ سببا في الولاية المالية للبالغة الرشيدة على نفسها

(١) خالف عثمان البتي وابن شبرمة وأبو بكر الأصم فقالوا ان ولاية الاجبار تكون على المجانين والمعتاه فقط ، ولا تكون على الصغير مطلقا . ولكن الجمهور على ثبوت ولاية الاجبار على الصغار أيضا (محمد أبو زهرة ص ١٠٣ فقرة ٧٧ وفيه حجج الطرفين) .

وتثبت عليها مع ذلك ولاية الاجبار في امر الزواج والمتسق مع ثبوت ولايتها في أمر زواجها مشتركة مع وليها أو منفردة على اختلاف الفقهاء في هذا الأمر^(١) .
ويجدر بنا القول بأن الفقهاء متفقون في أن علة ولاية الاجبار بالنسبة للمجنونة والمعتوهة هو ضعف العقل وأن علة الولاية على الصغير هي الصغر .
٨٤ - من له ولاية الاجبار :

ولاية الاجبار عند مالك وأحمد قاصرة على الأب ووصيه . والشافعي يجعلها للأب والجد . وهكذا في الصغير والصغيرة . أما في المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة فإن ولاية الاجبار تثبت عند هؤلاء عليها أيضا للحاكم . والحنفية لا يقتصرون على من تقدم ذكرهم فهم يثبتون ولاية الاجبار للعصبة على ترتيب الارث . وليس ذلك فقط بل هم فيما بينهم مختلفون في ولاية الاجبار إذا لم يوجد عاصب أو كان ولم يكن ذا اهلية للولاية : فابو حنيفة يثبتها هنا لذوي الارحام .

وحجة مالك وأحمد أن الاصل في الانسان الحر الا تثبت لغيره عليه ولاية الا للحاجة ، ولا حاجة للصغير ولا الصغيرة في الزواج لانعدام الشهوة . لكن ولاية الأب تثبت بالنص وهو ما روى أن أبا بكر زوج عائشة للنبي ﷺ وهي بنت ست سنين ، وبني بها وهي بنت تسع سنين . وبهذا النص يترك القياس الذي يأبى أن يكون للشخص على غيره ولاية الا للحاجة ، ويقتصر على من ورد النص بشأنه وهو الأب ويبقى غيره على حكم المنع . والجد ليس في معنى الأب فلا يلحق به في الحكم المذكور ، بخلاف الوصي الذي عينه الأب قبل وفاته فإنه يقوم مقامه بعد الوفاة ، فتكون له ولاية التزويج كما كانت هذه الولاية للأب وهو حي .

والشافعي يثبت ولاية الاجبار أيضا للجد ، لأن الجدة عنده كالأب ، ولهذا يملك مثله التصرف في المال بخلاف غيرها من العصبة فإنه لا يملك

(١) محمد أبو زهرة فقرة ٨٩ ص ١٠٥ ، ١٠٦ - عمر عبد الله ص ١٥١ وما بعدها وفيه ذكر الخلاف وحجج كل فريق بتفصيل .

التصرف في المال ، فاذا لم يكن للعاصب غير الأب والجدة التصرف في المال ، وهو أدنى حالا من النفس ، فلان لا يملكه في النفس وهو أعلى مرتبة من التصرف في المال وأولى وأحرى . فضلا عن ذلك فان غير الأب والجدة من الغصبات ليسوا مثلهما في وفور الشفقة ، فناسب ذلك عدم ثبوت ولاية الاجبار في الزواج لغير الأب والجدة .

وحجة الحنفية في ثبوت ولاية الاجبار للمصبة على ترتيب الارث القرآن والسنة والقياس :

اما القرآن فقوله تعالى : « ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن ، وما يتلى عليكم في الكتاب في يتامى النساء اللاتي لا تؤتوهن ما كتب لهن ، وترغبون ان تنكحوهن ، فقد ذكرت عائشة رضي الله عنها ان هذه الآية نزلت في اليتيمة تكون في حجر وليها ويرغب في زواجها . ولا يمكن ان يكون الولي هو الاب او الجدة ويرغب في زواج الصغيرة التي في حجره ، فلابد ان يكون الولي هنا غير هؤلاء كابن العم ، وهذا يفيد ان للمصبة غير الاب والجدة ولاية التزويج فليس اللوم واردا الا على عدم اعطاء الصغيرة مهر المثل .

واما السنة فقد زوج النبي ﷺ بنت عمه حمزة ، وهي امامة ، وكانت صغيرة ، لسلمة بن ابي سلمة وقال : ان لها الخيار اذا بلغت وقد زوجها بالمصوبة لا بالنبوة ، اذ لو كان تزويجه لها بالنبوة لما اثبت لها الخيار بالبلوغ ، فضلا عن انه ﷺ لم يزوج احدا بالنبوة قط .

وقد روى عن علي رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا : « الانكاح الى الغصبات » .

وفضلا عن ذلك فالقياس يثبت للغصبات غير الاب ولاية الاجبار ، وذلك لان الفقهاء متفقون على اثبات السلطان للمصبة على البالغة في الزواج ، وان كانوا مختلفين في مدى هذا السلطان : فالجمهور يجعل للولي العاصب حق

المشاركة في الاختيار وتولى الصيغة • وابو حنيفة يجعل له حق الاعتراض ان لم يكن الزوج كفؤا ويفسد الزواج لاجله • وليس هذا الا نوعا من الولاية • واذا كان للعصبة عموما هذه الولاية بعد البلوغ فلهم ولاية قبل البلوغ ، وهي ان كانت مشتركة بعد البلوغ فانها قبله تكون اجبارية ، لان القاصر ليس اهلا للمشاركة في الولاية كالكبير • اما الاختلاف في قدر الشفقة في الاب والجد من جهة وفي غيرهما من العصبات من جهة اخرى فان هذا يقتضي ان تكون ولاية غير الاب والجد من العصبة دون ولايتهما •

ومذهب الحنفية منقول عن عمر وعلى وأبى هريرة وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وغيرهم (١) •

٨٥ - ترتيب الأولياء :

تثبت ولاية الاجبار عند الاحناف ، كما سبق البيان ، للعاصب النسبي بنفسه بترتيب الارث (٢) •

والعاصب النسبي بالنفس هو كل قريب ذكر ينتسب الى الشخص انتسابا لا تنفرد بالتوسط بينهما فيه انثى •

(١) تبين الحقائق شرح الكنز للزيلعي جزء / ٢ ص ١٢١ ، ١٢٢ ، وكذلك حاشية الشلبي على هذا الشرح •

(٢) العصبة اما عصبة بالقرابة والنسب ، وهي العصبة النسبية ، واما عصبة من الاعتاق وهي العصبة السببية اذ الاعتاق هو سبب ايجادها •

والعاصب النسبي قد يكون عاصبا بنفسه وقد يكون عاصبا بغيره وقد يكون عصبة مع غيره • ومن العصبة بالغير البنت فانها تصير عصبة بالابن والعصبة مع الغير كالاخوات مع البنات • ولا يهم هنا الكلام الا عن العصبة النسبية بالنفس فهي التي تثبت لها الولاية بطريق التعصيب • اما العصبة النسبية مع الغير وبالغير فلا تثبت لها ولاية بطريق التعصيب ، واما العصبة السببية فهي وان كانت تثبت لها الولاية بطريق التعصيب ، وتكون تالية في الترتيب للعصبة بالنفس الا انه لا داعي الان للافاضة فيها لان الكلام فيها صار اقرب للتاريخ منه للكلام في احكام الولاية •

والعصبة بالنفس جهات اربع :

١ - البنوة : وتشمل الابن وابن الابن وان سفل . وهذا طبعا في ولاية التزويج لا يتصور في الصغار ويظهر في المعتوه والمعتوه .

٢ - الابوة : وتشمل الاب واب الاب وان علا .

٣ - الاخوة : وتشمل الاخ لاب وام والاخ لاب وابناء كل وان سفلوا .

٤ - العمومة : وتشمل اعمام الشخص عدا عمه لاه ، واعمام ابيه كذلك واعمام جده الصحيح كذلك . وابناء هؤلاء وان نزلوا .

فاذا وجد لفاقد الاهلية أو ناقصها واحد فقط من هؤلاء المذكورين في الجهات الاربع وتوافرت لديه شروط الولاية فان ولاية التزويج تكون له .

واذا تعدد الاولياء فيقدم فيما ذكر من كان في جهة البنوة عن كان في جهة الابوة ، ويقدم هذا عن كان في جهة الاخوة ، وهذا عن كان في جهة العمومة . فاذا اتحد الاولياء في الجهة يكون التقديم بالدرجة ، فيقدم مثلا الابن على ابن الابن لقربه للمولى عليه درجة ، ومثل هذا يقال في الاب واب الاب ، وفي الاخ وابن الاخ ، وهكذا واذا اتحدت الجهة واتحدت الدرجة فان التقديم يكون بقوة القرابة ، فيقدم من كان لابوين على من كان لاب فقط لقوة قرابة الاول للمولى عليه عن الثاني ، وعلى سبيل المثال : العم الشقيق مقدم على العم لاب .

واذا اجتمع في الاولياء المتعدين الاتحاد في الجهة وفي الدرجة وفي قوة القرابة فانهم جميعا يكونون متساوين في ثبوت الولاية فلكل منهم ولاية كاملة على المولى عليه . وعلى ذلك فاذا استقل احدهم بتزويج المولى عليه فان الزواج صحيح ما دام قد استوفى جميع شروطه الشرعية ، دون توقف على اجازة من لم يزوج من الاولياء . واذا زوج ولى منهم ثم زوج غيره فان العقد

الاول هو الصحيح والعقد الثانى هو الباطل . فان لم يعرف ايهما الذى تقدم فانهما ييطان معا لعدم امكان ترجيح ايهما على الآخر (١) .

٨٦ - وبعد ذلك يختلف الاحناف فيما بينهم :

فمحمد يقول انه اذا لم يكن هناك عصابة أو كان ولم يستوف الشروط الشرعية فان ولاية الاجبار لا تكون لغيرهم من الاقارب لكن تنتقل الى السلطان، لان السلطان ولى من لاولى له ، وتكون ولاية التزويج للقاضي هنا اذا شرط السلطان ذلك في عهده ومنشوره (يعنى المرسوم الذى عين به القاضي) .

(١) ما ذكر هو ترتيب العصابات في الارث . لكن جرى خلاف في بعض المسائل في الولاية . ومن هذا الخلاف ان الاب والابن اذا اجتمعا في المجنونة فان التقدم عند ابي حنيفة وابى يوسف في الولاية عليها يكون للابن وعند محمد الاب اولى وجه قوله ان هذه الولاية ولاية نظر للمولى عليه والاب اشفق على المولى عليها ولهذا كان هو اولى بالتصرف في ما لها ولان الاب من قومها والابن ليس منهم . ووجه قولهما ان مبنى هذه الولاية على التمصيب والابن اقوى عصابة من الاب ، ولذلك كان ترتيبهما في التوريث .

وروى عن ابي يوسف ايضا انه قال : ايهما زوج جاز ، ومعنى هذا انه اعتبرهما في درجة واحدة هنا . وجه هذه الرواية انه وجد في كل منهما سبب التقدم ، اما الاب فلانه من قومها واشفق عليها ، واما الابن فلانه يرثها بالتعصيب ، فايهما زوج جاز . وعند الاجتماع يقدم الاب تعظيما له واحتراما . وقد قال صاحب البدائع : ان الافضل ان يفوض الابن الانكاح الى الاب احتراماً له واحتراما عن موضع الخلاف .

ومن اوجه الخلاف ايضا انه اذا اجتمع وليان في نفس المرتبة من حيث الجهة والدرجة وقوة القرابة ، فقد قلنا ان الولاية تثبت لكل واحد منهما بتمامها ، وهذا قول عامة العلماء ، ومرد ذلك ان الولاية لا تتجزأ لانها تثبت بسبب لا يتجزأ وهو القرابة . وقال مالك ليس لأحد الأولياء ولاية الانكاح ما لم يجتمعوا لان هذه الولاية ولاية شركة عنده وسببها هو القرابة وهي مشتركة بينهما فكانت الولاية مشتركة لان الحكم يثبت على وفق العلة .

يراجع فيما تقدم : بدائع الصنائع للكاسانى جزء ٢ / ص ٢٥٠ ، ٢٥١
طبعة اولى سنة ١٣٢٧ هـ - الزيلعى جزء ٢ / ص ١٢٢ وما بعدها .

وقد استدلل محمد على رأيه بقول الرسول ﷺ : « الانكاح الى العصبات » : فقد جعل جنس الانكاح لجنس العصبات وليس وراء الجنس شيء والعصبة يعيرون بعلم الكفا . يكون ذلك باعثالهم على صيانة القريب عن غير الكف ، ولا يتحقق ذلك من ذوى الارحام وان كانوا ذكورا لانهم من قبيلة اخرى ، فلا يلحقهم العار بذلك .

وابو حنيفة يقول انه اذا لم يوجد احد من العصبات فان الولاية تنتقل الى الاقارب غير العصبات على حسب قوة قرابتهم وشفقتهم : فتقدم الام ، ثم بنت الابن ثم بنت البنت ، ثم بنت ابن الابن ، ثم بنت بنت البنت ، ثم الجد ابو الام ، ثم الاخت لاب وام ، ثم الاخت لاب ، ثم الاخوة والاخوات لام ، ثم اولاد هؤلاء على الترتيب السابق . ثم لباقي ذوى الارحام العمات مطلقا والاعمام لام ، ثم للاخوال والخالات ثم لاولادهم .

وقد استدلل لرأى ابي حنيفة بان الولاية هنا ولاية نظر للمولى عليه وهذا يحصل بالشفقة الباعثة عليه ، وهى موجودة في الام وغيرها من الاقارب ، الا ان اقارب الاب يقدمون باعتبار العصوبة ، وهذا لا ينفي ثبوتها للام وغيرها من الاقارب عند عدم العصبات ، فهم اولى بها من السلطان لصلة القرابة الشفيقة . وبعد ذوى الارحام تكون ولاية التزويج للحاكم لانه نائب السلطان . وقد قال الرسول ﷺ : « السلطان ولى من لا ولى له » ، والقاضي ليس له ان يزوج الصغار الا اذا خول ذلك في مرسوم تعيينه ، كما تقدم البيان (١) .

(١) الزيلعي جزء ٢ / ص ١٢٦ . وبه ان ابا يوسف مع ابي حنيفة في أكثر الروايات وان الكرخى ذكره مع محمد ، وان الروايات الاولى اصح . ومثله ابن عابدين جزء ٢ ص ٣٣٩ - بدائع الصنائع جزء ٢ / ص ٢٤٠ ، ٢٤١ - محمد ابو زهرة صفحة ١١٠ ، ١١١ . وقد سلك ابا يوسف مع محمد وقال ان هذا طبقا للرواية المشهورة عنه .

ملحوظة (١) رأى الامام هو الراجح لدى كثير من الفقهاء ، وهو المفتى به وعليه العمل في محاكم جمهورية مصر العربية (٢) لم نذكر العصبة السببيين بعد العصبة النسبيين لزوال الرق الآن .

٨٧ - غيبة الولي القريب : اذا غاب الولي القريب ، بحيث يخشى ان يفوت الكفء اذا انتظر حضوره أو استطلاع رأيه ، فعند ابى حنيفة والصاحبين (ابى يوسف ومحمد) يكون للولي الأبعد التزويج . وقال زفر انه لا ولاية للابعد مع وجود الاقرب بحال من الاحوال . **وقال الشافعي ان الزواج هنا يكون للحاكم لا الولي الا بعد .**

وقد استند زفر في رأيه على ان ولاية الأقرب الغائب قائمة ، ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ذلك ولا ولاية للولي الأبعد ولا للسultan مع ولايته ، فصار كما اذا كان حاضرا .

والشافعي يقول ان ولاية الأقرب باقية كما قال زفر الا انه امتنع دفع حاجة المولى عليها من قبل الولي الأقرب مع قيام ولايته عليها لغيبته فثبتت الولاية للسultan ، وحكم هذه حكم امتناع الولي عن تزويجها اذا خطبها كفوء فالجامع في كل حالة من هاتين دفع الضرر عن المولى عليها .

وحجة ابى حنيفة وصاحبيه ان ثبوت الولاية للابعد بغيبة الاقرب منه فيه زيادة نظر للمولى عليه فهو يستطيع احراز الكفء الحاضر بحيث لا يفوته غالبا بخلاف الولي الغائب . والولي الاقرب يكون بالغيبة في حكم المعدم فصار كما لو جن أو مات (١) .

٨٨ - امتناع الولي بغير سبب شرعي (عضله) :

العضل في الشرع هو امتناع الولي عن تزويج موليته اذا كان الزوج كفؤا والمهر مهر المثل مع علم وجود مبرر شرعي لهذا الامتناع (٢) .

(١) الكاساني جزء ٢ / ص ٢٥٠ ، ٢٥١ - الزيلعي والشلبى جزء ٢ / ص ١٢٧ .

(٢) راجع في معنى العضل شرعا : الكاساني ج ٢ / ص ٢٥٠ - الزيلعي ج ٢ / ص ١٢٧ - المدونة ج ٢ / ص ٢٤٤ - الشرح الصغير ج ٢ / ص ٢٠٦ - مغنى المحتاج ج ٣ / ص ١٥٣ - المغنى ج ٦ / ص ٤٧٦ - حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٨٢ .

فاذا امتنع الولي عن تزويج من في ولايته بدون مبرر شرعى لهذا الامتناع
كان يكون المولى عليه مجنوناً ويقول الطب ان الزواج علاج له ولا يقبل مع ذلك
تزويجه فان هذا منه عضل (اى ظلم) وعلى ذلك فان ولاية التزويج تنتقل الى
القاضي ، لان القاضي هو الذى يتولى رفع الظلم ، ويكون تزويج القاضي للمولى
عليه نيابة عن هذا الولي الظالم ، ومن ثم فان عقد القاضي يكون في قوة عقده ،
فان كان الولي هو الاب كان عقد القاضي في قوة عقد الاب ، وان كان هو الاخ
كان عقد القاضي في قوة عقد الاخ وهكذا

ويكون الامر الى القاضي ايضا اذا تعدد الاولياء وكانوا من جهة ودرجة
وقوة واحدة واختلفوا فيما بينهم ، فالقاضي هو الذى يحسم هذا الخلاف ،
لقول الرسول ﷺ « فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » .

المبحث الرابع

احكام تزويج الاولياء

٨٩ - مبنى ولاية الاجبار على فاقدى الاهلية وناقصيها الشفقة في الاولياء وهى تبحث على تحرى مصالح المولى عليهم . وهذه الشفقة ليست على درجة واحدة عند الاولياء جميعا ، بل هم يختلفون فيها . كما ان النظر في مصالح المولى عليهم يتفاوت تبعا لتفاوت راي المولى كمالا وقصورا ، وعلى سبيل المثال : الام يتوافر فيها كمال الشفقة كلاب ، لكنه يزيد عليها كمال الرأى ، لهذا قدم عليها في الولاية .

وعلى ذلك تختلف الولاية : فهى تكون كاملة اذا اجتمع للمولى مع قوة الشفقة كمال الرأى والتدبير ، وهى لا تكون كاملة وتكون مقيدة بالمصلحة الظاهرة اذا نقص احد الامرين المذكورين ، وهما الشفقة وكمال الرأى والتدبير .

٩٠ - وبناء على ما تقدم يختلف حكم تزويج الاولياء طبقا لما يأتى :
اولا : ان كان الولى هو الاب أو الجد من جهة الاب أو الابن ولم يعرف بسوء الاختيار فان ولايته تكون كاملة فله تزويج المولى عليه ، ويكون الزواج نافذا لازما ، حتى ولو كان بغير كفاء وبغبن سواء كان فاحشا أو يسيرا . وهذا عند ابي حنيفة . اما عند صاحبين فان الولى من هؤلاء لا يجوز له ان يزوج المولى عليها بغير كفاء ، ولا يجوز الحط ولا الزيادة عن مهر المثل الا بما يتغابن الناس فيه ، فلا يجوز عندهما الغبن الفاحش في المهر ويجوز اليسير . وعلى ذلك فان العقد عندهما اذا كان بغير كفاء أو بدون مهر المثل بغبن فاحش فانه لا يكون لازما . وسنندهما في ذلك ان التزويج بغير الكفاء أو بغير مهر المثل ليس فيه مصلحة ظاهرة ، ولا بد من التقييد بالمصلحة الظاهرة لان ولاية التزويج تثبت نظرا في حق المولى عليه .

اما ابو حنيفة فعنده ان ابا بكر الصديق زوج ابنته عائشه رضي الله عنها للنبي ﷺ على خمسمائة درهم ومهر مثلها كان اضعاف ذلك . والاب وافر الشفقة ينظر لولده ما لا ينظر لنفسه والظاهر انه لا يقسم على تزويجه هكذا الا لمصالح اخرى انفع واجدى **كموافقة الاخلاق وحسن الصحبة والمعاشرة بالمعروف وقلة الاذى** . ومثله الجدة والابن . فكان في تصرفه هذا نظر للمولى عليه وليس فيه ضرر يلحقه . وليس هذا هو شأن تزويج الأولياء غير من ذكروا ، لذلك تشترط بالنسبة لغيرهم وجود المصلحة الظاهرة في التزويج .

ثانيا : واذا عرف الاب أو الجدة أو الابن بالفسق أو بسوء الاختيار حين العقد وزوج المولى عليه بكفء أو زوج بمهر المثل فان العقد يكون نافذا لازما . اما اذا حصل تزويج المولى عليها بغير كفء أو حصل التزويج بغير مهر المثل بما لا يتغابن الناس فيه عادة فان العقد يكون غير صحيح . والسبب في هذا الحكم ان المولى لم يتوافر فيه كمال الراى كما في الفرض الاول .

ثالثا : اذا كان المولى غير الاب والجدة والابن ، حتى ولو كان الام أو القاضي وزوج المولى عليها بغير الكفء أو زوج بغير مهر المثل ، زيادة أو نقصا ، بما لا يتغابن فيه الناس عادة فان النكاح لا يصح .

واذا حصل التزويج من كفء وبمهر المثل فان الزواج صحيح نافذ ولكنه غير لازم . ويكون للمولى عليه ، متى زال عنه سبب الولاية عليه خيار الفسخ . والدليل على ذلك قول النبي ﷺ لما زوج بنت عمه حمزة وهي صغيرة : « ولها الخيار اذا بلغت » . فيكون للصغير وللصغيرة هذا الخيار اذا بلغا ، وللمجنون والمجنونة اذا افاقا .

ويجب على الصغيرة اذا بلغت وهي بكر ورأت فسخ العقد ان تبادر الى ذلك فور بلوغها اذا كانت عاتمة بالنكاح ، وفور علمها بعد البلوغ اذا لم تكن علمت به قبل ذلك . ولا يمتد خيارها الى آخر مجلس بلوغها او مجلس علمها

بالزواج . فاذا سكنت قليلا من غير اكراه اعتبر هذا مبطلا لخيارها لان سكوتها رضا بالزواج فلا يقبل منها دعوى الفسخ ، ولا عنر لها ان كانت تجهل ان لها الخيار أو تجهل وقته وشروطه لانه لا يعذر احد بجعله باحكام الشريعة .

ويجب ان تشهد شاهدين على اختيارها لنفسها ، وهذا ليس شرطا للاختيار بل شرط في الاثبات .

والثيب تختلف عن البكر البالغة فيما تقدم ، فاذا بلغت بعد الدخول وسكنت عند البلوغ فان هذا لا يعتبر منها رضا يسقط خيارها . وحققا في الفسخ انما يبطل بالرضا بالزواج صراحة كأن تقول : « رضيت بالزواج » ، أو دالة ، كان تطلب النفقة .

ومثل البنت في هذا الامر الفتى .

ويشترط في الفسخ بخيار البلوغ أو الافاقة ان يحكم القاضي بالفسخ . وقبل القضاء بالفسخ الزواج قائم والحقوق قائمة ، فله عليها حق الطاعة ولها عليه النفقة ويتوارثان ان مات احدهما قبل القضاء . والسبب في ذلك ان حق الفسخ بخيار البلوغ أو الافاقة حق ضعيف اذ هو مختلف فيه . والفسخ انما يكون لتوهم ترك النظر للمولى عليه لقصور شفقة الولي هنا وهذا امر خفي موهوم ولذلك احتاج الى القضاء لكشفه . فضلا عن ذلك فان الفسخ رفع لحكم ثابت فالنكاح اوجد حقوقا شرعية قائمة على اساس شرعى ، وهذا امر يحتاج في رفعه الى القضاء ، لان كل حق وملك ثبت باصل شرعى لا يزول الا بالتراضي أو بقضاء القاضي .

ويلاحظ ان القضاء شرط لثبوت الفسخ لا لثبوت الخيار . وعلى ذلك اذا تم اختيار المولى عليه لنفسه فانه لا يضر التأخر في رفع الدعوى بالفسخ امام القضاء والزوجية تظل قائمة حتى تفسخ بالحكم على ما مر بيانه .

والفرقة هنا ليست طلاقاً لان الخيار يصح من الانثى ولا طلاق لها • ولا يقال ان النكاح لا يحتمل الفسخ فكيف يستقيم جعله فسخاً لان معنى ان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد التمام وهو النكاح الصحيح النافذ اللازم ، واما قبل التمام فانه يقبل الفسخ (١) •

٩١ - وقد حكم بأنه اذا كان الزوج للصغيرة غير الأب والجدة من الأولياء كان لها شرعاً خيار الفسخ بالبلوغ فورا ان كانت بكراً ولا يمتد لآخر مجلس علمها • وبأن هذه الزوجة لو اعترفت بزواجيتها للزوج بالعقد الشرعى أو طلبت طلاقها منه باى سبب كان ذلك رضا منها بهذا النكاح ولا تجاب لطلبها الفسخ بعد ذلك • وبأن المقرر يعامل باقراره شرعاً متى كان هذا الاقرار صادراً من أهله • وبأن التنازل عن الدعوى لا يبطل اقرار المقرر بما أقر به شرعاً في الدعوى المتنازل عنها (٢) •

وحكم بأن الزوج أحق بضم زوجته اليه من وليها العاصب وطاعتها لزوجها واجبة شرعاً وبأن حكم الطاعة النهائي مثبت للزوجية بين طرفيه بدون حاجة لاثبات آخر معه • وبأن المراهقة التى لم تبلغ سن الخامسة

(١) الزيلعى جزء / ٢ ص ١٢٢ وما بعدها • وفيه ان خيار الفسخ بالبلوغ أو الافاقاة اذا كان الزواج قد قام به غير الاب والجدة والابن - هو قول ابي حنيفة ومحمد ولكن ابا يوسف يقول انه لا خيار للصغير ولا للصغيرة ولا المجنون والمجنونة هنا لان النكاح عقد لازم وقد صدر من الولي فلا يفسخ قياساً على الاب والجدة ، وهذا لان الولاية لم تشرع في غير موضع النظر صيانة عن الافضاء الى الضرر ، واذا صح النظر قام عقد الولي مقام عقد المولى عليه بعد بلوغه أو افاقته - البدائع جزء / ٢ ص ٢٤٥ وما بعدها - تنوير الابصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين جزء / ٢ ص ٣١٢ وما بعدها •

(٢) محكمة أبو تيج الشرعية في ١٩/١٢/١٩٢٩ المحاماة الشرعية س/١ ع / ٦ رقم ١٤٨ ص ٥٢٤ ولم يستأنف الحكم • ومما جاء في أسبابه : قال الدار المختار وغيره من كتب المذهب في باب الولي : وان كان الزوج للصغيرة غير الأب والجدة كان لها خيار الفسخ بالبلوغ ان كانت عاتمة بالنكاح أو كان العلم بالنكاح بعد البلوغ • ويبطل هذا الخيار سكوتها وقت العلم به ولا يمتد لآخر المجلس •

عشرة وتدعى البلوغ ويؤيدها فيه الظاهر تصدق فيه ويكون زواجها في هذه الحالة بكفء وبمهر المثل صحيحا لازما نافذا تترتب عليه أحكامه وليس لوليها حق الاعتراض عليه وإن خالف القانون^(١) .

وحكم بأنه إذا قال الزوج للبكر البالغة بلغك النكاح فسكتت وقالت رددت ولا بينة لهما على ذلك ولم يكن دخل بها طوعا فالقول لها بيمينها .
كما لو زوجها أبوها زاعما عدم بلوغها فقالت أنا بالغة والنكاح لم يصح (أى لم ينفذ) وهي مراهرة ، وقال الأب أو الزوج بل هي صغيرة فالقول لها بلا يمين أن ثبت أن سننها تسع سنين ولم يكذبها الظاهر . ومما جاء في الحكم كذلك أن بينة الزوج على رضا زوجته بالعقد أو إجازتها له أولى من بينة ردها وبينة المرأة أن أباه زوجها وهي بالغ ولم ترض أولى من بينة الزوج أنها كانت قاصرة^(٢) .

(١) محكمة جرجا الشرعية في ١٩٣١/١/٢٨ المحاماة الشرعية س/٥ ع ٩٠، ١٠ رقم ٢٣٦ ص ٨٨٧ وقد استؤنف وتأييد .

(٢) محكمة طنطا الجزئية الشرعية في ١٩٣١/٥/٥ المحاماة الشرعية س/٣ ع ١ رقم ١٨ ص ٨١ .

المبحث الخامس

ولاية الاختيار

٩٢ - قلنا في مستهل الكلام عن الولاية انها تنقسم الى ولاية اجبار وولاية اختيار وان الحنفية يسمون الأخيرة ولاية ندب واستحباب .

ونقول ان ولاية الاستحباب هذه هي الولاية على الحرة البالغة العاقلة بكراً كانت أو ثيباً ، وهي تسمى هكذا في قول أبي حنيفة وزفر وقول لأبي يوسف . وفي قول أبي يوسف الآخر وأيضاً عند مالك والشافعي وأحمد هي ولاية اختيار أو ولاية شركة .

وبناء على ذلك فان الحرة البالغة اذا زوجت نفسها فان هذا جائز في قول أبي حنيفة ومن معه سواء زوجت نفسها من كفاء أو غير كفاء ، بمهر وافر أو قاصر ، غير انها اذا زوجت نفسها من غير كفاء يكون للأولياء حق الاعتراض ، وكذا اذا زوجت نفسها بمهر قاصر عند أبي حنيفة ، فيكون للولي طلب اكمال المهر لمهر المثل أو فسخ العقد . غير انه يستحب للمرأة ان تكل . امر عقد زواجها لأحد أوليائها الأقربين .

وعند من يقولون ان الولاية على الحرة البالغة ولاية اختيار وشركة فهي . ليس لها ان تنفرد بأمر زواجها بل يجب ان يشترك معها في الاختيار وليها ، وليس ذلك فقط بل يتولى هو صيغة العقد ، فالنساء تبعاً لهذا الرأي لا ينعقد عقد الزواج بعبارتهم قط ولكن يجب حصول الرضا منهن بالزواج^(١) .

٩٣ - وقد استدلل ابو حنيفة لرأيه بالقرآن والسنة والقياس .

(١) البدائع ج/٢ ص ٢٤٧ وما بعدها - الزيلعي ج/٢ ص ١١٧ وما بعدها - المبسوط ج/٣ ص ٩ ، ١٠ - مغتلى المحتاج ج/٣ ص ١٥٠ .

(م ٧ - الأحوال الشخصية) .

اما القرآن فمنه قوله تعالى « حتى تنكح زوجا غيره »^(١) . وقوله تعالى :
« فلا جناح عليهما ان يتراجعا ان ظنا ان يقيما حدود الله »^(٢) فهذه الآيات
تصرح ان النكاح ينعقد بعبارة النساء لانها تفيد ان النكاح صادر منهن .

واما السنة فمنها قوله ﷺ « الأيم احق بنفسها من وليها »^(٣) والأيم
اسم لامرأة لا زوج لها .

واما القياس فهي لما بلغت عن عقل وحرية فقد صارت ولية نفسها في
النكاح كالصبي العاقل اذا بلغ . والولاية ثبتت على الصغيرة في النكاح لكونه
تصرفا نافعا متضمنا مصلحة الدين والدنيا وهي محتاجة اليه حالا ومآلا في
حين انها عاجزة عن احراز ذلك بنفسها وبالبلوغ عن عقل يزول هذا العجز
فتزول ولاية الغير عنها وتثبت الولاية لها لأن النيابة الشرعية انما تثبت
للضرورة فتزول بزوالها . وفضلا عن ذلك فالبالغة تتولى امر مالها دون ان
يكون لاحد سلطان عليها فيه ولا فرق بين امر مالها وأمر نفسها فالعلة
هي كمال الولاية فاذا بلغت عاقلة كملت ولايتها فكان لها أمر نفسها كما يكون
لها أمر مالها^(٤) .

وقد استدلل المخالفون بحجج منها قوله تعالى : « فلا تعضلوهن ان
ينكحن أزواجهن »^(٥) فلولا ان له ولاية التزويج لما منع عن العضل ، وقوله

(١) سورة البقرة آية رقم ٢٣٠ .

(٢) سورة البقرة آية رقم ٢٣٠ .

(٣) صحيح مسلم كتاب النكاح : باب استئذان الثيب في النكاح . انظر
شرح النووي على مسلم ج/٩ ص ٢٠٤ - مختصر السنن مع المعالم والتهذيب
ج/٣ ص ٤٢ .

(٤) السرخسي ج/٣ ص ٩ ، ١٠ - البدائع ج/٢ ص ٢٤٧ - الزيلعي ج/٢
ص ١١٧ وما بعدها .

(٥) سورة البقرة آية رقم ٢٣٢ .

تعالى : « وانكحوا الايامى منكم » (١) : ، فهذا خطاب للأولياء ، والايم اسم لامرأة لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا .

ومنها قول الرسول ﷺ : « لا يزوج النساء الا الأولياء » . وقوله : « لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل » .

ومما استدلل به هؤلاء على وجوب اشتراك الولي في الاختيار قوله عليه الصلاة والسلام : ايما امرأة انكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل ، باطل ، باطل ، وان دخل بها فالمهر لها بما اصاب منها ، فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له (٢) .

وفضلا عن ذلك فليس عقد الزواج كالعقود المالية وهو أعظم منها خطرا والتخلص من آثاره صعب بخلافها ، والمصلحة داعية لاشتراك الولي في الاختيار لأنه اكثر من المرأة معرفة بالرجال واقدر على الحكم بغير عاطفة او هوى ، وعار العقد يلحقه كما يلحقه فخاره (٣) .

٩٤ - ورأى ابي حنيفة هو المتفق مع روح العصر .

وبمقتضاه ان المرأة اذا زوجت نفسها من غير كفء فعلى ظاهر الرواية يكون للولي حق الاعتراض ، ومعنى هذا ان العقد يكون صحيحا نافذا ولكنه غير لازم . وعلى رواية الحسن بن زياد يكون العقد فاسدا اذا كان لها ولي عاصب ، ورجح هذا الرأي الكمال بن الهمام في فتح القدير لأنه ليس كل أحد يرفع الأمر للقضاء ، وليس كل قاض يقضي ببسر من غير مشقة ، وقد يحصل دخول في اثناء ذلك فيكون منه الولد فلا يرفع العار ولا ترجى مصلحة .

(١) سورة النور آية رقم ٣٢ .

(٢) البيهقي في السنن الكبرى .

(٣) البدائع ج/٢ ص ٢٤٧ وما بعدها - الزيلعي ج/٢ ص ١١٧ وما بعدها - المبسوط ج/٣ ص ٩ وما بعدها - مغنى المحتاج ج/٣ ص ١٥٠ - المغنى ج/٦ ص ٤٩١ وما بعدها - المدونة ج/٢ ص ١٤٠ وما بعدها - الشرح الصغير ج/٢ ص ٢١١ .

وقال بعض الفقهاء ان الولي له الاعتراض حتى تلد ، والحق البعض
الحمل الظاهر بالولادة .

واذا زوجت البالغة العاقلة نفسها باقل من مهر المثل فابو حنيفة يجعل
للولي حق الاعتراض حتى يكمل المهر للمهر المثل والا يفسخ العقد . وقال
ابو يوسف ان الولي ليس له الاعتراض لأن هذا ليس موضع عار لازم ولأن
لها الاسقاط مهما تكن التسمية فلا فائدة في الاعتراض ورفعته الى مهر المثل
ثم اسقاطه بعد ذلك^(١) .

ما عليه العمل :

٩٥ - بالنسبة للصغير والصغير : تقدم القول في صدد الكلام عن
شروط صحة النكاح ان قانون حقوق العائلة المطبق في لبنان يشترط بلوغ
سن معينة لكي يكون الشخص أهلاً للنكاح .

وطبقاً للمواد من ٤ الى ٧ من هذا القانون :

(١) لا يجوز لاحد اصلاً ان يزوج الصغير الذي يتم السنة السابعة عشرة
من العمر والصغيرة التي لم تتم السنة التاسعة من العمر . (مادة ٧) . وبناء
على ذلك فان الصغير والصغيرة اللذين لم يبلغا السن المذكورة لا يجوز
تزويجهما لا بولي ولا بغيره . فلا أثر لولاية الاجبار في هذا المجال .

والمراهق بين السابعة عشرة والثامنة عشرة اذا رغب في الزواج وبين انه
بلغ فللحاكم ان يأذن له بالزواج اذا كان حاله يتحمل ذلك (المادة ٥ ، المادة ٧
من قانون حقوق العائلة) . وعلى ذلك فالمراهق هنا لا يحتاج في تزويجه للولي
ويكفي اذن الحاكم ما دام ادعى البلوغ وكانت حاله تحتمله . فليست هنا أيضاً
ولاية اجبار .

(١) البدائع جزء ٢/ ص ٢٤٧ - ٢٤٩ - الزيلعي جزء ٢/ ص ١١٧
وما بعدها .

والمراهقة التي بين التاسعة والسابعة عشرة من العمر اذا رغبت في الزواج وادعت انها بلغت فللحاكم . ان يأذن لها بالزواج ان كان حالها يتحمل ذلك واذن وليها . (مادة ٦ ، مادة ٧ من قانون حقوق العائلة) . وعلى ذلك فالمراهقة هنا تحتاج للزواج فضلا عن اذن الحاكم **لاذن الولي** ، وهي تأخذ حكم البالغة لدعواها البلوغ وكون حالها يتحمل ذلك . فهي قد خرجت عن كونها صغيرة غير بالغة .

والكبيرة التي اتمت السنة السابعة عشرة من العمر اذا طلبت ان تتزوج بمخص فان الحاكم يبلغ ذلك لوليها ، واذا لم يعترض الولي او رؤى ان اعتراضه غير وارد يأذن بزواجها . (المادة ٨ من القانون المذكور) . فهذه المادة تطلب تبليغ الولي قبل عقد الزواج فاذا اعترض ورؤى ان اعتراضه وارد فان الحاكم لا يأذن بالزواج . واذا لم يعترض أو رؤى ان هذا الاعتراض غير وارد فان الحاكم يأذن بالزواج .

٩٦ - وخلاصة هذه المواد انه لم يعد هناك مجال بالنسبة للصغير ولا بالنسبة للصغيرة لولاية الاجبار في الزواج لا يجوز طبقا لها أصلا لغير البالغ ذكرا أو أنثى . وانما جاز في المراهق والمراهقة بدعوى البلوغ وكون الظاهر يشهد لهذه الدعوى فيعطى كل منهما حكم البالغ شرعا .

اما بالنسبة لولاية الاختيار او ولاية النيب والاستحباب فان المادة السادسة من قانون حقوق العائلة استوجبت اذن الولي لكي يزوج الحاكم المراهقة التي ادعت البلوغ وهي من كانت بين سن التاسعة والسابعة عشرة .

والمادة الثامنة من القانون المذكور استوجبت أيضا اذا رغبت الكبيرة التي اتمت السنة السابعة عشرة من العمر في الزواج من شخص ان يبلغ الحاكم ذلك لوليها حتى اذا اعترض اعتراضا واردا فان الحاكم لا يأذن بالزواج ، وان كان اعتراضه غير وارد . فانه يأذن به .

٩٧ - الوضع بالنسبة للمجنون والمجنونة : تنص المادة ٩ من قانون

حقوق العائلة على انه : « لا يجوز نكاح المجنونة اذا لم يكن مبنيا على ضرورة .
واذا وجدت ضرورة يعقد الولي النكاح باذن الحاكم » . ومعنى ذلك ان القاعدة
عدم اهلية المجنون والمجنونة للزواج فلا يكون للولي عليهما ان يزوجهما وان
زوجهما بدون ضرورة فالنكاح فاسد (المادة ٥٢ حقوق عائلة) لعدم توافر
اهلية النكاح هنا . واذا كانت هناك ضرورة كان يقرر طبيب ثقة ان الزواج
يشفى المجنون أو المجنونة أو انه لازم لهما فان الولي يعقد النكاح بشرط ان
ياذن الحاكم . والولاية هنا ولاية اجبار .

٩٨ - وفي جمهورية مصر العربية لا يوجد ما يمنع الولي من تزويج

المجانين ذكورا أو اناثا اذا كانوا كبارا . واما الصغار فان القانون رقم ٥٦
سنة ١٩٢٣ منع الموثقين من توثيق عقد الزواج الا اذا ثبت لديهم ان سن
الزوجة لا تقل عن ست عشرة سنة وسن الزوج لا يقل عن ثمانى عشرة .
وبمقتضى هذا القانون لا تسمع الدعوى اذا كانت سن الزوجين وقت انشاء
العقد دون هذه السن المحددة آنفا ولو كانت عند التقاضي لا تقل عنها ،
ولكن رأى في قانون المحاكم الشرعية الصادر في سنة ١٩٣١ ان يكون التقييد
بهذه السن عند التقاضي لا عند الانشاء . والواضح مما تقدم ان المشرع في
جمهورية مصر العربية اتجه لعدم السماع ولم يتعرض لصحة الزواج .

٩٩ - وبالنسبة لمن له الولاية : نصت المادة ١٠ من قانون حقوق

العائلة على ان الولي في النكاح هو العصبة بنفسه على الترتيب . وهذا من
القانون اتباع للمذهب الحنفية ولو انه اقتصر على ولاية العصبة ولم يتعد
العصبة لغيرهم من ذوى الارحام كما فعل الامام ابو حنيفة . وهذا من القانون
مذهب وسط .

١٠٠ - في جمهورية مصر العربية رأى الامام ابى حنيفة هو المعمول به

لدى محاكم الاحوال الشخصية لانه هو المفتى به في المذهب الحنفى .

- ١٠٣ -

(١٠) - وبالنسبة لشروط الولى : نصت المادة ١١ من قانون حقوق العائلة على انه يشترط في اهلية الولى للولاية ان يكون مكلفاً فلا ولاية للصبي والمجنون والمعتوه على احد اصلا . ويؤخذ من هذه المادة انه يشترط في الولى ان يكون بالفا عاقلاً .

أصل النادر

الوكالة في الزواج

٣٠٢ - الوكالة أو التوكيل هو اقامة الشخص غيره مقامه في تصرف مملوك له يقبل الانابة .

فيجب في الموكل ان يكون مالكا للتصرف الذي يوكل غيره فيه ، اما اذا لم يكن الموكل مالكا للتصرف فليس له ان يوكل غيره فيه لان فاقد الشيء لا يعطيه .

وعلى ذلك ،

فان كامل الاهلية من رجل أو امرأة يملك التوكيل في عقد زواجه لان كلا منهما له ان يزوج نفسه بنفسه فكان له ان يوكل غيره في ذلك (١) .

والولي يملك تزويج من هم في ولايته من فاقدى الاهلية أو ناقصيها لجنون أو عته أو صغر فله بناء على ذلك توكيل غيره في تزويج من هم في ولايته .

اما فاقد الاهلية أو ناقصها فليس له ان يوكل غيره في تزويجه لانه هو نفسه لا يستطيع تزويج نفسه فلا يعقل ان يوكل غيره في تصرف لا يملكه هو .

(١) يلاحظ انه عند جمهور الفقهاء خلافا لابي حنيفة ولى البالغة العاقلة يتولى عنها العقد من غير توكيل لانه هو الذى يملك انشاء العقد وان كان لابد من رضاها .

ويجب في التصرف محل الوكالة ان يكون قابلا للانابة . ومما لا يقبل الانابة من التصرفات الشهادة واليمين ، فلا يمكن للشاهد ان يوكل غيره في ان يؤدي عنه الشهادة ، ولا يمكن لمن يريد الحلف ان يوكل غيره في اداء اليمين عنه امام القضاء . والزواج من التصرفات التي تقبل الانابة فيجوز فيه التوكيل .

وعقد الوكالة في الزواج لا تشترط فيه الشهادة شأنه في ذلك شأن سائر العقود والشهادة انما تشترط في عقد الزواج ذاته اما عقد الوكالة في الزواج فلا . لكن اذا خيف جحد الوكالة فان الشهادة عليها ينبغي ان تكون . وظاهر ان الشهادة هنا تكون للاثبات لا لصحة العقد .

حكم تصرفات الوكيل بالزواج :

١٠٣ - الاصل في الباب ان الوكيل اذا خرج عن حدود التوكيل فانه يكون فضوليا لا ينفذ تصرفه على الاصيل الا ان يجيزه ما لم تكن المخالفة الى خير ، اذ في الحقيقة ليس هنا خروج عن حدود الوكالة (١) .

١٠٤ - والتوكيل بالزواج قد يكون مطلقا في الشخص ، او في المهر ، او فيهما معا . وقد يكون مقيدا في الشخص او في المهر او فيهما معا . والموكل قد يكون هو الرجل أو المرأة .

١٠٥ - فاذا كان التوكيل مطلقا وامره بان يزوجه امرأة ، اى امرأة ولم يسم له مهرا فزوجه اى امرأة تحل له فان هذا الزواج صحيح نافذ في قول ابي حنيفة ، يستوى في ذلك ان يكون قد زوجه بمن تكافئه أو بمن

(١) الفضولي هو الذى يتصرف لغيره بغير ولاية ولا وكالة . وصفة عقد الفضولي انه صحيح غير نافذ . والاصل ان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة . وقال الشافعى ان تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو عقد الفضولي . لكن الحنفية عندهم ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده ، فينعقد موقوفا ، حتى اذا رأى المصلحة فيه ينفذه . وقد يترأخى حكم العقد عن العقد (البحر الرائق جزء ٣ / ص ١٤٧ ، ١٤٨) .

- ١٠٦ -

هي دونه ، وان يكون زوجة بمهر المثل أو باكثر منه بغبن فاحش أو غير فاحش ، وان تكون الزوجة سليمة من العيوب والعاهات أو تكون معيبة أو ذات عاهة مثل العمياء أو مقطوعة اليدين أو المفلوجة أو المجنونة .

وعند الصاحبين يكون العقد في مثل الاحوال المذكورة - عدا توافر الكفاءة ومهر المثل - غير نافذ في حق الموكل ، فيكون موقوفا على الاجازة ، وان اجازه نفذ وان لم يجزه بطل .

استدل ابو حنيفة على رأيه بعدم التهمة وبأن اللفظ هنا مطلق ، فالموكل لم يعين امرأة ولم يذكر مهرا معيناً ولم يقيد الوكيل بالسلامة من العيوب والعاهات . فيكون الوكيل قد نفذ مقتضى الوكالة ولم يخالف فيضحي عقده نافذاً على الموكل .

اما الصاحبان فقالا ان المطلق ينصرف الى ما جرى عليه العرف وهو التزوج بالكفاءة والسلامة من العيوب والعاهات وكون المهر مهر المثل . وكل واحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة فليس الشخص في حاجة لمعين كي يتزوج زوجة اي زوجة ، لذلك كانت الاستعانة لاجل التزوج بالكفاءة مع السلامة من العيوب وعدم تخطي مهر المثل بما لا يتغابن فيه الناس عادة (١) .

وقول الصاحبين هو الاحسن للفتوى ، وقد اختاره ابو الليث ، وهو الذي عليه العمل في المذهب الحنفي .

١٠٦ - والمستفاد من التعليل لرأى ابي حنيفة بعدم التهمة ان الوكيل هنا لو كان في تزويجه للموكل متهما فان العقد يكون موقوفاً على اجازة الموكل عند ابي حنيفة والصاحبين .

(١) البحر الرائق جزء / ٣ ص ١٥١ والحواشي المسماة بمنحة الخالق على البحر الرائق للسيد محمد امين الشهير بابن عابدين ، وهي على هامش المرجع المذكور - التنوير والدر وحاشية ابن عابدين جزء / ٢ ص ٣٣٣ - الزيلعي والشلبى جزء / ٢ ص ١٣٤ ، ١٣٥ - البدائع جزء / ٢ ص ٢٤٦ .

- ١٠٧ -

ومن الحالات التي هي موضع تهمة ان يزوج الوكيل الموكل ، الذي لم يعين له امرأة ، بمن هي في ولايته كبنته الصغيرة ، اذ الشأن في الولي ان يميل نحو من هي في ولايته فاورث هذا تهمة فكان العقد موقوفا على الاجازة (١) .

ومنها كذلك ان يوكله في ان يزوجه امرأة فيزوجه بمن ليست في ولايته ممن لا تقبل شهادته لها وهي الاصل والفرع ، ومثال ذلك ان يزوج الوكيل الموكل ابنته الكبيرة فهي ان كانت تكافئه وكان المهر مهر مثلها فان ابا حنيفة يجعل العقد هنا موقوفا على اجازة الموكل لانه في موضع تهمة . اما الصاحبان فالعقد عندهما نافذ لان التهمة منتفية ما دامت الكفاءة متوافرة وكذلك مهر المثل . وغنى عن البيان ان الامام وصاحبيه متفقون على ان العقد يوقف على الاجازة اذا لم تكن الزوجة هنا مكافئة للموكل او كانت ذات عاهة او كان المهر ازيد من مهر المثل بما لا يتغابن فيه الناس عادة (٢) .

١٠٧ - ولو كان التوكيل من جانب المرأة وكان مطلقا فان حصل الزواج بكفاءة وبمهر المثل فان العقد يكون نافذا عليها دون حاجة للاجازة ، سواء كان لها ولي عاصب ام لم يكن . واذا زوجها من غير كفاءة فقد قيل ان الخلاف الذي بين الامام وصاحبه في التوكيل من جانب الرجل يجري هنا فلا يكون هناك فرق بين الحالتين . ولكن الصحيح ان الزواج لا ينفذ في حقها عند الامام وصاحبيه ، اما الصاحبان فلما ساقاه من حجج في حالة كون التوكيل من رجل . واما ابو حنيفة فلان الكفاءة معتبرة في حقها فهي تعبر بعدم الكفاءة فيجب التقيد بتزويجها من كفاءة لها بخلاف الرجل فانه لا يعبر بتزوجه ممن

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين جزء ٢ / ص ٣٣٣ - والزليلى والشمسلي جزء ٢ / ص ١٣٥ .
 (٢) الزليلى جزء ٢ / ص ١٣٥ - حاشية ابن عابدين جزء ٢ / ص ٣٣٣ .

- ١٠٨ -

لا تكون مكافئة له • وعلى هذا الرأي يكون العقد موقوفاً على إجازتها باتفاق بين الامام وصاحبيه •

وإذا كان للموكلة هنا ولي عاصب فان الوكيل يتقيد بالكفء لانه يستمد سلطته منها ، وهي ان زوجت نفسها من غير كفء ولها ولي عاصب فان الزواج يكون غير صحيح على القول الراجح ، فيكون هذا هو حكم تزويج الوكيل من غير كفء •

ولو زوجها بمن به عيب أو عاهة مع كونه كفؤاً ومثله الاعمى والمقعّد والمعتوه فان الخلاف يجرى في مثل هذه الاحوال بين الامام والصاحبين ، فعنده يجوز وعندهما لا يجوز •

ولو زوجها بدون مهر المثل بما لا يتغابن الناس فيه عادة فان الخلاف هنا كذلك قائم بين الامام والصاحبين : فعنده ان الزواج صحيح نافذ عليها لا يتوقف على إجازتها وذلك بناء على ان التوكيل مطلق لم يقيد بمهر معين ولعدم التهمة • وعند الصاحبين ان العقد هنا موقوف على إجازتها فهو غير نافذ بالنسبة لها حتى تجيزه لان الاطلاق يتقيد بالعرف وان الاستعانة بالوكيل انما تكون للمصلحة الظاهرة وهي لا تكون باقل من مهر المثل بما لا يتغابن فيه الناس عادة • وهذا كله بالنسبة للموكلة ، اما بالنسبة لوليها العاصب ان وجد فان له على كل حال الاعتراض دفعا للعار عنه ويكون ذلك برفع المهر لمهر المثل أو يفسخ العقد •

١٠٨ - ولو زوجها بمن لا تقبل شهادتهم له فانه لا يجوز عند ابي حنيفة للتهمة سواء كان بكفء وبمهر المثل ام لا • وقال الصاحبان ان الزواج اذا كان بكفء وبمهر المثل يجوز لان التهمة هنا منتفية •

كذا لو وكلته في ان يزوها دون تعيين فزوها من نفسه لا يجوز بمعنى ان يكون موقوفاً على إجازتها • ومثل الذي قيل في هذه يقال اذا كان التوكيل من رجل لا امرأة لانه عند الاطلاق يكون المراد الزواج به غير معلوم فلا يدخل

فيه الموكل وهو معلوم ومن يوكل شخصا في تزويجه لا يفهم منه عادة ان العقد يكون معه بل يكون مع عاقد آخر ولو قصد الموكل كون العقد مع الوكيل لبين ذلك (١) .

١٠٩ - ولو كان التوكيل مقيدا ، سواء كان في الشخص أو في المهر أو فيهما معا فاذا كان الموكل رجلا فزوجه الوكيل بمن عينها وبالمهر الذى حدده فان العقد يكون نافذا في حق الموكل لان الوكيل التزم حدود التوكيل . واذا امره بان يزوجه معينة فزوجه من غيرها فان العقد لا يكون نافذا في حق الموكل الا ان يجيزه لان الوكيل هنا فضولى ، وكذلك اذا خالف في المهر الى زيادة كان يكون طلب اليه تزويجه بالف فزوجه بالفين . اما اذا كانت المخالفة الى النقص فان العقد يكون نافذا في حق الموكل لان الذى يرضي بالكثير يرضي بالقليل من باب اولى فلا تكون هناك مخالفة لحدود التوكيل حقيقة .

ولو كانت الموكلة هى المرأة فزوجه بمن عينت وبالمهر الذى حددته فان العقد يكون نافذا في حقها . ويستوى في ذلك ان يكون الزوج كفوا لها والمهر مهر مثلها أو لم يكن شيء من ذلك . واذا خالف الوكيل في الشخص فان العقد يتوقف على اجازتها لانه فضولى هنا ، واذا خالف في المهر فان زوجها مثلا بالف وهى قد حددت الفين فالعقد موقوف على اجازتها ، بخلاف ما اذا كانت المخالفة الى خير كان يكون زوجها بالفين في حين انها عينت له الفا مثلا لانه لا مخالفة هنا في الحقيقة لحدود التوكيل .

وهذا اذا لم يكن للمرأة ولى عاصب اما اذا كان زوجها الوكيل من غير كفء فالعقد لا يصح على الرأى الذى عليه الفتوى ، لان هذا هو الحكم لو زوجت هى نفسها من غير كفء . وان كان الزواج باقل من مهر المثل

(١) راجع في كون التوكيل من المرأة مطلقا : والزيلعى والشلبى جزء ٢ / ص ١٣٥ - البحر جزء ٣ / ص ١٤٦ - تنوير الابصار والدر المختار وابن عابدين جزء ٢ / ص ٣٣٣ ، ٣٣٤ - البدائع جزء ٢ / ص ٢٤٥ ، ٢٤٦ .

فانه صحيح نافذ لكنه غير لازم في حق الولي فله طلب فسخه امام القضاء ما لم يكمل الى مهر المثل أو تكون الزوجة قد ولدت أو ظهر بها حمل .

١١٠ - والوكيل في الزواج سفير ومعبّر ، وعلى ذلك فان مهمته تنتهي بتمام العقد ولا تعود اليه احكامه ، فليس للزوج ان يطالبه بادخال الزوجة في طاعته ، بل يطالب الزوجة بالدخول في طاعته ، وليس للزوجة ان تطالبه بالمهر بل تطالب به الزوج ، اما اذا كفل الوكيل الزوج في المهر فان الزوجة لها ان تطالبه به ، لكن المطالبة هنا اساسها عقد الكفالة لا عقد الزواج (١) .

١١١ - ومما يتصل بما سبق نطاق التوكيل اذا كان في جميع أمور الزوجية :

وقد حكم بأن الوكيل في جميع أمور الزوجية وفي الاقرار فيها يملك الاقرار بالطلاق وبأن الوكيل بهذه الصفة ليس من قبيل الوكيل العام الذي اختلف في أنه يملك الطلاق والاعتاق والوقف أو لا يملك لأن المتبادر من التوكيل في أمور الزوجية والاقرار فيها ارادة الاقرار بكل أمور الزوجية وهي مسائل محدودة ، وفي مقدمتها الاقرار بالزواج والطلاق (٢) .

(١) يراجع في الوكالة في الزواج :

تنوير الابصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين جزء / ٢ ص ٣٣٣ وما بعدها - البحر الرائق ومنحه الخالق على هامشه جزء / ٣ ص ١٤٦ وما بعدها - الزيلعي والشلبى جزء / ٢ ص ١٣٤ ، ١٣٥ .

(٢) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣٧/٥/٢٠ المحاماة الشرعية ص ٩ ع ٤ ص ٣٤٦ رقم ٦٩ .

الفصل السابع

الكفاءة في الزواج

١١٢ - تعريفها :

الكفاءة في اللغة المساواة والمماثلة ، والكفو هو النظير ومنه قول الرسول ﷺ ، « المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم » .

وهي في اصطلاح الفقهاء مساواة الرجل للمرأة في أمور مخصوصة بحيث لا تغير الزوجة ولا الاولياء بزواجها منه .

هل الكفاءة مشترطة في الزواج :

١١٣ - نتكلم في هذا المجال عن مشروعية الكفاءة من حيث المبدأ ، بمعنى هل هي مشترطة في الزواج أم لا . وعما تكون فيه الكفاءة عند من يشترطونها .

١١٤ - ١) اما عن المسألة الاولى : فقد ذهب بعض الفقهاء الى علم اشتراط الكفاءة في الزواج اصلا . ومن هؤلاء ابو الحسن الكرخي وابو بكر الرازي المشهور بالجصاص من الحنفية وكذلك سفيان الثوري . وقد استدلووا بحجج :

- ١) منها في القرآن : قوله تعالى : « ان اكرمكم عند الله اتقاكم » (١) .
- ٢) وفي السنة قول الرسول ﷺ : « الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي الا بالتقوى » ، فقد امر الرسول ﷺ بنى بياضة أن يزوجوا ابا هند وكان حجاما . وامر قوما من الانصار ان يزوجوا بلالا رضي الله عنه .

(١) سورة الحجرات آية رقم ١٣ .

٣) وفضلا عن ذلك فان الكفاءة لو كانت معتبرة في الشرع لا عتبرت في الدماء وهذا غير حاصل اذ يقتل الشريف بقتله الوضيع فاولى الا تعتبر في الزواج .

وذهب جمهور الفقهاء الى اعتبار الكفاءة في الزواج . ومما استندوا عليه تأييدا لمذهبهم قول الرسول ﷺ : « الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن من الاكفاء » ، وان النكاح يعقد للعمر ويشتمل على اغراض ومقاصد منها الازدواج والصحة والالفة وتأسيس القربات ولا يكون ذلك على وجه الصحيح عادة الا بين الاكفاء وان العادة جرت على للتغير بعدم الكفاءة فيتضرر الاولياء بعدمها كما تنضرر الزوجة بزواجها ممن ليس كفؤا لها .

وتد رد الجمهور على حجج المعارضين بان المراد بالآية الكريمة والحديث الشريف أنفى الذكر حكم الآخرة لا حكم الدنيا ، واذا لم يكن هذا مرادا فان فيهما دليلا على اعتبار الكفاءة اصلا استدلالا ساقطا .

١١٥ - ٢) واما عن المسألة الثانية فان جمهور الفقهاء مع اتفاقهم على ان الكفاءة مشترطة في الزواج لكنهم اختلفوا فيما تعتبر فيه الكفاءة من الامور :

فمالك يعتبر الكفاءة في الدين استنادا على قوله تعالى : « أن أكرمكم عند الله اتقاكم » ، وقول الرسول ﷺ « الناس سواسية كاسنان المشط لافضل لعربي على عجمي الا بالتقوى » .

وعند مالك ايضا الكفاءة في السلامة من العيوب الجسمية المستحكمة التي لا يمكن دوام العشرة معها الا بضرر ، وبالنسبة للحرية فالمرؤى عن مالك روايتان ، احدهما تجعلها من الكفاءة والثانية لا تجعلها كذلك .

وعند الشافعية الكفاءة معتبرة في امور هي : الدين والنسب والحرية والصنعة . وقيل ان من الامور التي تعتبر فيها الكفاءة المخلو من العيوب ، واختلف في اليسار والغنى فقال البعض انه يعتبر في الكفاءة وقال آخرون

بعدم اعتباره لأن المال غاد ورائح ولا يفتخر به من عنده مروءة • وعند بعض
بمتأخرى هذا المذهب ان التقارب في السن بين الزوجين معتبر ، وعلى هذا
الرأى لا يكون الشيخ الهرم كفؤا لفتاة شابة •

والمذهب الحنبلى فيه روايتان عن أحمد : احدهما انه كالمذهب الشافعى
ما عدا السلامة في الجملة والثانية انه لا كفاءة الا في التقوى والنسب •
والحنفية اعتبروا الكفاءة في ستة امور هي : النسب والحرية والاسلام
والديانة والمال والحرفة •

واما النسب : فالاساس في اعتباره هو العرف الذى يجعل النسب محل
التفاخر والتفاضل والتعابير والهجاء والمدح • وقال فقهاء الحنفية : ان العرب
هم الذين يتفاخرون بالانساب دون غيرهم من الاعاجم ولذلك جعلوا النسب
معتبرا في الكفاءة عند العرب بخلاف الاعاجم فانهم لا يتفاخرون بالانساب ولا
يجعلونها محل اعتزازهم وهجوهم ومدحهم • والفقهاء كذلك في العرب يفرقون
بين القرشي وغيره فيجعلون القرشي كفؤا للقرشية ولا يجعلون العربى غير
القرشي كفؤا للقرشية الا ان يكون غير القرشي ذا نسب مشهور فقد قال محمد :
انه يكافى القرشية • وعندهم ان العرب عدا قريش اكفاء لبعض •

وهذا المنظر في التفرقة بين العربى والاعجمى غير سديد فمن الاعاجم
من يتفاخر بالنسب كالعرب وما دام ان الامر مرده العرف فان كان العرف في
قوم من الاعاجم على تفاخرهم بالنسب فانه ينبغى جريان الحكم هنا فيكون
النسب معتبرا في الكفاءة عند هؤلاء القوم من الاعاجم •

وينبغى التنبيه الى ان الاحناف يقولون بان الاعجمى كفؤ للعربية
بل للقرشية اذا كان عالما لان العلم شرفه يعلو شرف النسب •

واما الاسلام : فان الكفاءة معتبرة فيه في حق غير العرب لانهم يفتخرون
بعدم اسلامهم بالاسلام دون النسب ، لا في حق العرب فانهم يتفاخرون
(م ٨ - الأحوال الشخصية)

بالانساب لا بالاسلام . والمقصود هنا بالاسلام هو اسلام آباء الزوج لا اسلامه هو لانه لو لم يكن مسلما لا يجوز زواجه بالمسلمة . والكفاءة في الاسلام تتحقق عند ابي حنيفة ومحمد اذا كان للزوج اب وجد مسلمان ، فان كان كذلك فانه يكون كفوا للمسلمة التي لها في الاسلام اب واجداد . اما ابو يوسف فانه يكتفى لكى يكون المسلم كفوا للمسلمة التي لها في الاسلام اب واجداد ان يكون ابوه مسلما . واساس الخلاف ان التعريف عنده يكفى فيه ذكر الاب وعندهما لا بد فيه من ذكر الاب والجد .

واما الحرية : فهي كالاسلام تعتبر الكفاءة فيها عند غير العرب لا عند العرب لانه لم يقبل من العرب الا الاسلام أو القتل والاصل في اعتبار الحرية ان الرق عيب وانه يجلب من العار أكثر مما يجلبه سوء النسب . والخلاف الذى بين ابي حنيفة ومحمد من جهة وابى يوسف من جهة اخرى بصدد الاسلام يجرى هنا كذلك .

واما الديانة : فالمقصود بها الصلاح والاستقامة فلا يكون الرجل الفاسق كفوا للصالحة بنت الصالح بل يكون كفوا لفاسقة بنت فاسق ، أو لفاسقة بنت صالح وليس لابيها حق الاعتراض لان ما يلحقه من العار بفسق ابنته أكثر مما يلحقه بفسق صهره . اما ان كانت صالحة بنت فاسق فزوجت نفسها من فاسق فليس لابيها حق الاعتراض لانه فاسق مثله وهى قد رضيت به .

وقد اختلف الفقهاء في المذهب الحنفى في اعتبار الديانة هنا :

فقد قيل ان الكفاءة في الديانة معتبرة عند ابي حنيفة وابى يوسف وان هذا من اعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه ، وان محمدا لا يعتبرها لانها من امور الآخرة فلا تنبئ عليها احكام الدنيا الا اذا كان يصنع ويسخر منه ويخرج سكران ويلعب به الصبيان لانه هنا يكون مستخفا به . وروى عن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان معلنا فسقه فهو غير كفء ، وان كان مستترا فهو كفء .

وقد قيل أيضا ان محمدا يرى اعتبارها الا ان يكون الفاسق مهيبا ذا شهرة بين الناس تمحو عار فسقه وان ابا حنيفة لم يعتبرها مطلقا ، وقيل ان هذا هو الاصح .

واما المال فانه معتبر في الكفاءة لان التفاخر به أكثر من التفاخر بغيره عادة . والمراد بالمال هنا ان يكون الزوج مالكا للمهر والنفقة فان لم يكن مالكا لهما فلا يكون كفؤا للزوجة . والمراد بالمهر ما تعرف على تعجيله ولا يعتبر باقى المهر . وعن ابي يوسف انه لم يعتبر القدرة على المهر لانه تجرى المساهلة فيه ويعد الشخص بالنسبة له قادرا بقدرة ابيه أو غيره ممن جرت عادتهم باهدائهم المهر للزوج حال يسارهم ولان المال لا ثبات له بل هو غاد ورائع .

واما عن المراد بالنفقة فقد قيل ان المعتبر نفقة سنة ، وقيل نفقة ستة اشهر وقيل نفقة شهر ، وقيل انه ان كان من اصحاب الحرف فالقدرة متحققة بكونه كسوبا ولو كان لا يتكسب الا ما ينفق منه يوما بيوم ، وان لم يكن صاحب حرفة فالمعتبر القدرة على نفقة شهر .

وما تقدم هو حكم الكفاءة في المال . لكن هناك ايضا الكفاءة في الغنى واليسار وهو ان يكون الزوج قريبا من الزوجة في الثروة ان كانت ذات ثراء ظاهر ، وهذا الامر محل خلاف : فابو حنيفة ومحمد على ان من ملك المهر والنفقة لا يكون كفؤا لمن كانت فائقة في الغنى . وهذا الرأي ليس بشيء كما عبر بذلك الزيلعي في شرح الكنز . والاصح في المذهب الحنفى ان الكفاءة في الغنى ليست معتبرة لان المال غاد ورائع .

واما الحرفة : فالمقصود بها كل عمل يزاوله الانسان لكسب رزقه من زراعة أو صناعة أو تجارة أو وظيفة الى غير ذلك . والمقصود بالكفاءة في الحرفة ان يكون الزوج مساويا لابي الزوجة في الحرفة أو قريبا منه . ومرد اعتبار الحرفة هنا هو جريان العرف على ان الناس يتفاخرون بشرف الحرفة

ويتعبرون بدناءتها . وهذا امر يختلف باختلاف الزمان والمكان ، فقد تكون حرفة معينة شريفة في مكان أو في زمان معين ولا تكون كذلك في مكان أو زمان غيره لان العرف ليس ثابتا بل هو دوما عرضة للتغيير .

واعتماد الكفاءة في الحرفة هو قول ابي يوسف ومحمد لان الناس كما ذكرنا يتفاخرون بشرف الحرفة ويتعبرون بدناءتها ، اما ابو حنيفة فانه لا يعتبر الكفاءة في الحرفة اصلا لانها ليست ملازمة للشخص ولا دائمة ويمكنه ان يتحول الى انفس من الحرفة التي يمارسها .

وقد روى عن ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة الا ان يكون الفرق بين الحرفتين فاحشا وضرب مثلا بالدباغ والحجام .

١١٦ - وقد نصت المادة ٤٥ من قانون حقوق العائلة على انه يشترط في لزوم النكاح ان يكون الرجل كفؤا في المال والحرفة وامثال ذلك والكفاءة في المال ان يكون الزوج مقتدرا على اعطاء المهر المعجل وعلى القيام بنفقة الزوجة والكفاءة في الحرفة ان تكون تجارة الزوج أو خدمته التي سلكها مقارنة في الشرف لتجارة ولى الزوجة أو خدمته .

والذى يستفاد من هذه المادة ان الكفاءة في حد ذاتها معتبرة وهى قد ذكرت الكفاءة في المال وفي الحرفة وامثال ذلك وكان يجب ان ينص على المقصود بامثال ذلك حتى لا يكون الامر مربكا في التطبيق . وهو في بيان المقصود بالمال ذكر ان الكفاءة فيه تكون بالقدرة على اعطاء المهر المعجل وعلى القيام بنفقة الزوجة ، واطلاق كلمة النفقة يعطى القاضي فرصة في التطبيق ويسعه اعتبار توافر القدرة عليها بالنسبة للكسوب بالقدرة على كسب النفقة يوما بيوم ، وبالنسبة لغيره بنفقة شهر . والقانون بالنسبة للحرفة ذكر ان تكون تجارة الزوج أو خدمته التي سلكها مقارنة في الشرف لتجارة ولى الزوجة أو خدمته . وهو في اعتبار الحرفة في الكفاءة قد اتفق مع رأى ابي يوسف ومحمد خلافا لابي حنيفة الذى لا يعتبرها اصلا وكان يحسن في الصياغة ان يقال : « ان يكون عمل الزوج مقاربا في الشرف لعمل ولى الزوجة » : حتى يكون التعبير أكثر شمولاً .

من تعتبر في جانبه الكفاءة :

١١٧ - الاصل ان الكفاءة تعتبر في جانب الزوج ولا تعتبر في جانب الزوجة ، فالزوج لا يكون كفؤا لزوجته الا اذا لم يكن دونها في الامور المعتبرة في الكفاءة اما الزوجة فان كانت دون زوجها فيما تعتبر فيه الكفاءة فان الكفاءة لا تعتبر مع ذلك مفقودة بينهما ومن أهم اسباب هذا الحكم ان الزوج يملك ان يطلق زوجته في اى وقت وعلى ذلك فانه بالطلاق يتمكن من رفع الضرر عنه بسبب عدم الكفاءة وهذا ليس موجودا بالنسبة للزوجة فليس لها الطلاق وأكثر ما تملكه ان تطلب من القاضي التطليق من زوجها في حالات معينة فقط ، فضلا عن ذلك فان العرف جرى على ان المرأة واولياءها يتعيرون من الزواج بمن لا يكافئها ولا يتعير الرجل بالزواج بمن لا تكافئه ، كما ان العادة جارية ايضا على ان من يتزوج الاقل منها مكانة يرفع من شأنها وبعلى مكانتها بخلاف من تتزوج الاقل منها مكانة فانها لا ترفعه بالزواج الى مكانتها الاجتماعية . واخيرا فاعتبار الكفاءة من جانب الرجل لكى يكون مماثلا ومساويا لزوجته فيه تقدير للمرأة ورفع لشأنها حتى لا يتزوجها من هو دونها منزلة بين الناس .

ويستثنى من الاصل المتقدم حالتان تشترط فيهما ان تتحقق في الزوجة الكفاءة لزوجها وهما :

(١) ان يكون الزوج فاقد الاهلية ، أو ناقصها ويتولى تزويجه غير الاب والجد والابن ، أو يزوجه واحد من هؤلاء ان كان معروفا بسوء الاختيار .
فهنا يجب في الزوجة ان تكون مكافئة للزوج ، والا كان الزواج غير صحيح .

(٢) وان يوكل الرجل غيره في تزويجه توكيلا مطلقا فهنا لا ينفذ الزواج على الموكل بدون توقف على اجازته متى كانت المرأة غير مكافئة له ، وهذا على رأى صاحبين المعمول عليه في المذهب الحنفى ، فالكفاءة في هذه الحالة تعتبر شرطا لنفاذ عقد الزواج من غير توقف على اجازة الموكل (١) .

(١) المستفاد من مواد قانون حقوق العائلة خصوصا المادة (٤٥) انه اعتبر الكفاءة في جانب الزوج فقط لقولها : « يشترط في لزوم النكاح ان يكون الزوج كفؤا للمرأة » .

١١٨ - وقت اعتبار الكفاءة :

المعتبر في الكفاءة ان تتوافر وقت انشاء عقد الزواج فلا يضر ان تتخلف بعد ذلك فهي شرط انشاء لا شرط بقاء . ولو اشترطنا دوام الكفاءة لبقاء الزواج لادى ذلك لعدم استقرار الزوجية بين الناس . وبناء على ذلك اذا كان الزوج وقت الزواج على دين وفسق بعده ، او كان قادرا على دفع المهر والنفقة وطرا عليه العجز بعده ، او كان وقت الزواج ذا حرفة رفيعة وزالت عنه بعده واحترف حرفة خسيصة فان هذا لا يؤثر في الزواج الذي عقده وقت ان كان الزوج كفؤا للزوجة وليس هناك من عار يلحق بالزوجة بتغير حال الزوج هكذا بل ان الصبر على تغير الحال هو الذي تحمد عليه الزوجة (١) .

من له حق الكفاءة :

١١٩ - الكفاءة حق للزوجة وحق للاولياء وعلى ذلك فان اسقطت هي حقها في الكفاءة لا يسقط حق الاولياء واذا اسقط الاولياء حقهم فيها دونها فان حقها لا يسقط ، ويستثنى من ذلك حالة واحدة وهي ان يزوج فاقدة الاهلية او ناقصتها الاب أو الجد أو الابن الذي لم يعرف بسوء الاختيار من غير كفاء فقد قلنا قبلا ان العقد هنا نافذ في حقها وليس لها خيار اذا زال عنها سبب الولاية .

١٢٠ - ويتفرع على ما تقدم :

(١) اذا زوجت الكاملة الاهلية نفسها من غير كفاء عالمة بذلك من غير رضا وليها فان له حق الاعتراض وطلب التفريق امام القضاء وهذا على ظاهر الرواية ، اما على رواية الحسن بن زياد وهي التي عليها الفتوى في المذهب الحنفي نان العقد يكون غير صحيح . والفرقة هنا لا تكون الا بقضاء القاضي

(١) المادة ٤٦ من قانون حقوق العائلة على انه : « تعتبر الكفاءة في ابتداء العقد فاذا زالت بعد العقد لا تؤثر فيه » .

- ١٩٩ -

فالنكاح ينعقد صحيحا وتبقى له جميع احكامه من ارث وطلاق الى ان يفرق الحاكم بينهما وذلك في ظاهر الرواية . والفرقة هنا ليست طلاقا بل هي فسخ، فلو فرض انه تزوجها بعد الفرقة زواجا جديدا فانه يملك عليها ثلاث طلاقات .

وقد نصت المادة ٤٧ من قانون حقوق العائلة على انه : « لو كتبت الكبيرة وليها وزوجت نفسها لآخر بدون استحصال رضائه ينظر . ان تزوجت كفؤا فالعقد لازم ولو كان بانقص من مهر المثل . اما اذا تزوجت شخصا غير كفء فللولي ان يراجع الحاكم ويطلب فسخ النكاح ، ومعنى هذه المادة ان الكاملة الاهلية اذا زوجت نفسها بدون رضا وليها من غير كفء فان له حق الفسخ . ومعنى هذا ان المشرع اللبناني اختار الرواية التي ليست عليها الفتوى في المذهب الحنفي وهي ظاهر الرواية التي مقتضاها ان الولي يكون له الاعتراض وطلب التفريق امام القضاء اذا زوجت الكبيرة نفسها من غير كفء بدون ان تحصل على رضائه . والرواية الاخرى في المذهب الحنفي التي لم يأخذ بها هذا القانون هي رواية الحسن بن زياد وبمقتضاها يكون العقد غير صحيح في الحالة المذكورة .

والولي الذي له حق الاعتراض هو الولي القريب ، وعلى ذلك فاذا تعدد الاولياء فالاقرب هو الذي يملك هذا الحق فاذا رضي بغير الكفء فان من بعده من الاولياء لا يثبت لهم حق الاعتراض ، واذا لم يرض الولي الاقرب فلا يجزى عنه رضا الولي الأبعد . واذا تعدد الاولياء وتساوا بان كانوا مثلا اخوة اشقاء للزوجة فان رضي بعضهم ولم يرض البعض كان رضا البعض كرضي الكل ، فليس لمن لم يرض حق الاعتراض وهذا هو رأى ابي حنيفة ومحمد . وقال ابو يوسف انه اذا رضي البعض فلا يسقط حق من هو مساو له من الاولياء . وجه قولهما انه حق واحد لا يتجزأ لانه ثبت بسبب لا يتجزأ وهو القرابة فيثبت لكل من هؤلاء الاولياء كاملا ، نظيره حق العفو عن القصاص

فانه ثابت لجميع الاولياء المتساوين ، فاذا اسقطه بعضهم سقط عن الباقيين .
ولابى يوسف ان الكفاءة حق لكل فلا يسقط الا برضا الكل
كالدين المشترك اذا تنازل احد الدائنين عن حقه فيه سقط حقه
فقط دون حق الباقيين ، وفضلا عن ذلك فضاء احد الاولياء المتساوين ليس
اقوى من رضا الزوجة وهى اذا رضيت دون الاولياء لا يسقط رضاها حقهم
فاولى الا يسقط حق باقى الاولياء اذا رضي بعضهم .

والرأى الراجح ان رضا البعض عند تعدد الاولياء المتساوين يسقط
حق باقيهم فلا يكون لهم الاعتراض .

وقد نصت المادة ٤٩ من قانون حقوق العائلة على ان : « رضا احد
الاولياء المتساوين في الدرجة يسقط حق اعتراض الآخرين ، وكذلك رضا
الولى البعيد في الدرجة اذا كان الولي الاقرب غائبا يسقط حق اعتراضه » .
ومفاد هذه المادة ان المعتبر هو رضا الولي الاقرب فاذا كان غائبا فضاء
الولى الابعد الحاضر . وانه اذا تعدد الاولياء وتساواوا في كل فان رضا
البعض يكتفى ويسقط حق اعتراض الباقيين وهذا من القانون اتباع لرأى أبى
حنيفة ومحمد خلافا لرأى أبى يوسف على ما مر ، ومسلك القانون هنا
مسلك محمرد لانه اخذ بالراجح في المذهب الحنفى في هذه المسألة .

(١٢١ - ٢) واذا زوج الولي المرأة الكبيرة البالغة من غير كفاء بدون
رضاها ولا اذنها فان العقد يكون موقوفا على اجازتها ، فان اجازته نفذ وان
لم تجزه فلا .

(١٢٢ - ٣) واذا زوجت الكبيرة البالغة نفسها من رجل دون ان تعلم
حاله أو تبحث في امر كفاءته فلا خيار لها بل يكون الحق للاولياء ، واذا وافقوا
هم على الزواج بدون بحث ايضا فلا خيار لهم كذلك ، وهذا الحكم لان التقصير
راجع لمن لم يبحث ولم يتحرر الكفاءة مع عدم علمها وفي هذا دليل على انه
رضي بزواج غير الكفاء فلا يكون له ان يعترض . واما اذا اشترطت الكفاءة

أو أخبر بها الزوج حال العقد فحصل العقد على هذا الأساس ثم ظهر بعد ذلك أنه غير كفاء لها كان للزوجة وللأولياء الخيار في الحالتين ، ومن ذلك أن يذكر نسباً يخالف نسبه الحقيقي فتتزوج على أساس النسب الذي ذكر ويتبين نسبه الحقيقي وأنه غير كفاء لها فيكون للزوجة وللأولياء حق طلب الفسخ ، وإن بقي بعد ظهور النسب الحقيقي كفوًا لها فلا يكون للأولياء طلب الفسخ لكن يبقى هذا الحق لها . ومن المهم ملاحظة أن حق الأولياء في الفسخ إنما كان على أساس أن العقد صحيح وهذا على رواية في المذهب الحنفي ، أما الرواية الأخرى فهي تقول أن العقد يكون غير صحيح إذا زوجت المرأة نفسها بغير كفاء من غير أن يرضى بذلك الولي .

والاحكام المذكورة قننتها المادة ٤٨ من قانون حقوق العائلة في قولها :
« لو زوج الولي الكبيرة برضاها من رجل وهما لا يعلمان عدم كفاءته ثم تبين لهما أنه غير كفاء فليس لأحد منهما حق الاعتراض . أما إذا شرطت كفاءته حين العقد أو أخبر الزوج أنه كفؤ ثم ثبت أخيراً عدم كفاءته فلكل منهما مراجعة الحاكم وطلب فسخ النكاح » يعني أن العقد يكون لازماً في حق الزوجة والولي إذا حصل الزواج دون علم حال الزوج من حيث الكفاءة وأنه يكون لهما حق الفسخ إذا اشترطت الكفاءة حال الزواج أو أخبر بها الزوج في ذلك الوقت .

١٢٣ - ولا ينبغي أن يتبادر إلى الذهن أن اشتراط الكفاءة في الإسلام يجعل الناس طبقات فهذا أمر لم يقل به الإسلام ولم يقصده الله خلق الناس كلهم متساوين في الحقوق والواجبات لأفضل لأحد منهم على آخر بنسب أو حسب أو جاه أو مال أو غير ذلك ، إنما الفضل بالتقوى والعمل الصالح الذي هو معيار التفاضل بين الناس .

لكن هذا لا يمنع أن الناس ليسوا متساوين في الرزق وفي المنزلة الاجتماعية وهذا أمر مشاهد ملموس لا يمكن إنكاره ، فمعدن الإنسان الذي

- ١٢٢ -

كان منه الرسل والأنبياء والهداة منه السارق والقاتل والذي لا يفارق المنكر ، ومن الناس الغنى والفقر وهذا امر خاص بالرزق ولا مدخل له في الانسانية ، التي يشترك فيها الناس جميعا ، ولا في الحقوق والواجبات التي تكون لهم جميعا أو عليهم بنفس القدر .

ولما كان الناس قد تعارفوا من قديم على التفاخر برفعة المنزلة الاجتماعية وعلى التعاير بكونها دنيئة لذلك كانت الكفاءة مشترطة في الزواج وترك امر نطاقها للعرف الذي هو الاساس في فرضها (١) .

١٢٤ - وقد حكم :

١ - بأن عدم كفاءة الرجل للمرأة مانع من صحة زواجهما اذا لم يرض به ولي الزوجة بعد ثبوت عدم الكفاءة قضاء .

٢ - وقبض الولي المهر انما يكون رضا بالزواج اذا كان عدم كفاءة الزوج ثابتا عند القاضي .

٣ - وعقد البالغة العاقلة بدون رضا وليها واذنه يكون صحيحا ان كان الزوج كفؤا والمهر مهر المثل ، ويكون فاسدا على الراجح ان كان غير كفء أو كان المهر أقل من مهر المثل .

٤ - وأن العالمية المعتبرة عند الفقهاء في الكفاءة للزواج هي : العلم بالله وبالأحكام العملية وعدم ارتكاب ما يخالفها ، ومجرد صفة التحرير والانشاء لا تدل عليها .

(١) يراجع في الكفاءة في الزواج : الزيلعي والشلبى جزء / ٢ ص ١٢٨ وما بعدها - تنوير الابصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين جزء / ٢ ص ٣٢٥ وما بعدها - البحر الرائق جزء / ٣ ص ١٣٧ وما بعدها - المهذب للشيرازى جزء / ٢ ص ٤١ .

وراجع ايضا : الاحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة ص : ١٣١ وما بعدها - احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية لعمر عبد الله ص ١٧٥ وما بعدها .

- ١٢٣ -

٥ - والكفاءة في النكاح ليست قاصرة على أشياء مخصوصة بل المدار فيها على ما يدفع العار في العرف ، والعرف يقضي بأن حسب الآباء والأجداد وجاههم من أجل ما يتفاخر به بين الناس .

٦ - وإذا كان الشخص على حال لا يكون بها كفؤا لغيره ثم انتقل الى ما به يساويه في تلك الحال لا يكون كفؤا ، وطروء الجاه لشخص لا يصيره كفؤا لمن نشأ في بيت الجاه .

٧ - وأن الغنى وبسطة المال من أجل ما يتفاخر به في العادة بل يكاد لا يفتخر الآن الا به .

٨ - واشتغال الانسان بمواد ايراده واكتسابه من أملاك أوقاف يستحقها وتحت نظره يعتبر كأحسن الحرف بين الناس عرفا وعادة .

٩ - والصحافة قسمان : قسم يبحث فيه عن فنون وعلوم مخصوصة للارشاد وهذه شرفها بمقدار شرف ما تبحث فيه ، وهى صحافة جلية . وقسم لا يختص بموضوع مخصوص بل هو عبارة عن ارشاد من تتكون منهم الأمة من الأفراد والأسرات والحكومة والهيئة الاجتماعية ويعمل على تحسين الأخلاق ونشر الآداب وغير ذلك من كل نافع محمود . وهذه أيضا صحافة جلية جدا ، ولا يمكن القيام بها الا بعد الحصول على كل معاداتها من العلوم الاقتصادية وغيرها وعلوم تهذيب الأخلاق وسياسة المنزل والأمة ودراسة أخلاق الناس وعاداتهم وسياسة الحكومات ومعرفة كيف يعالج الفساد وكيف يزال وما الذى يرقى الأمة ويهذب أخلاقها ويلزم كذلك أن يكون القائم بها من أشد الناس محافظة على الكمالات والآداب حتى يمكنه أن ينفع بنصحه وارشاده وإن يرقى الأمة . وهذا لا يتأتى الا اذا كان القائم بها من الطبقة الأولى ذكاء وعلمًا بالسياسة الداخلية والخارجية وبالأخلاق وتهذيبها وأن يعلم كيف ينصح وكيف يستفاد من نصحه ولذلك اشتغل بها أكابر الناس عقلا وفضلا فلاشتغال بمثل هذه الصحافة يكون من الحرف الشريفة :

أما الصحافة التي تشتغل بغير ما تقدم بل تتقلب في المبادئ وتعرض للأشخاص بدون حق فلا تكون صحافة شريفة والاشتغال بها لا يكون اشتغالا بحرفة شريفة وإنما يعتبر اشتغالا بأخس الحرف .

١٠ - وترجح بينه فساد النكاح على بينة صحته .

١١ - والشهادة في الكفاءة يكفي فيها اخبار الشهود للقاضي بما يعلمون ولا يشترط فيها لفظ أشهد ولا التزكية لأنها لا ستكشف حال المتخاصمين في الكفاءة^(١) .

وحكم بانه :

١ - يحال بين من يدعى عدم التكافؤ بينهما في الزواج متى قدم للمحكمة ما يمهّد لثبوت الدعوى قبل الحكم فيها .

٢ - عدم الكفاءة في الحرفة والمال وكون الزواج بأقل من مهر المثل موجب للحكم بفسخ الزواج . ومدار الحكم في الكفاءة هو استنقاص اهل العرف . وكما يكون الحكم بذلك في صالح الولي فانه أيضا في صالح الزوجة حرصا على مستقبلها .

والملاحظ في هذه القضية :

أ - أن الزوج كان سائق سيارة لدى والد الزوجة ، وهو عضو شيوخ .

ب - والمهر كان ٣٠ جنيها ومهر المثل ٥٠٠ جنية .

ج - وفي الحكم ان المرجع من جهة الحرفة الى العرف ، فقد جاء في

(١) محكمة مصر الجزئية الشرعية ١٩٠٤/٨/١١ المحاماة الشرعية السنة ٢ / ع ١ ص ٦٥ رقم ٥ .

ملحوظة : القضية هي قضية السيد أحمد عبد الخالق السادات ضد الشيخ على يوسف صاحب المؤيد وبنت المدعى صفية بطلب بطلان عقد زواج المدعى عليهما والتقريق بينهما لعدم الكفاءة . وقد حكم فيها بعدم صحة عقد زواجهما وعدم جواز اجتماعهما .

- ١٢٥ -

حاشية ابن عابدين ما نصه في باب الكفاءة (وفي الفتح أن الموجب هو استنقاص أهل العرف فيدور معه ٠ ١٠ هـ) .

٤ - وإن المنصوص عليه شرعا أن للولي الاعتراض في غير الكفاءة وإن المفتي به هو عدم جواز العقد أصلا وإن للولي العصبية حق الاعتراض إذا زوجت نفسها بأقل من مهر المثل حتى يتم مهر المثل أو يفرق القاضي . وكتب الفقه كلها متفقة على هذا فقد جاء في شرح الدر المختار في باب الولي ما نصه : (وللولي إذا كان عصبية ولو غير محرم كابن العم في الأصح (خانية) الاعتراض في غير الكفاءة فيفسخه القاضي ويتجدد بتجدد النكاح ما لم يسكت حتى تلد منه لثلا يضيع الولد . وينبغي الحاق الحبل الظاهر به . ويفتي في غير الكفاءة بعدم جوازه أصلا وهو المختار للفتوى لفساد الزمان .

وجاء به في باب الكفاءة مانصه : (وإذا نكحت بأقل من مهرها فللولي العصبية الاعتراض حتى يتم مهر مثلها أو يفرق القاضي بينهما دفعا للعار) (١) .

(١) محكمة الجمالية الشرعية ١٩٣٠/٩/٦ المحاماة الشرعية
س / ٢ ع / ٧ ص ٦٦٠ رقم ٨٥ . وقد تأيد الحكم في الاستئناف .

الفصل الثامن

احكام عقد الزواج

١٢٥ - المقصود باحكام العقد الآثار الشرعية التى يرتبها الشارع عليه ، وهذه الآثار لا تترتب على العقد الا اذا استوفى شروط انعقاده وشروط صحته . ولكن قد تحدث علاقة بمقتضى العقد الذى لم يستوف الشروط الشرعية فينظمها الشارع باعتبارها امرا قد وقع .

لذلك نتكلم عن الآثار التى تنشأ في العقد غير الصحيح والعقد الموقوف والعقد غير اللازم . ثم نتكلم بعد ذلك عن الآثار التى تترتب على العقد الصحيح وذلك في مبحثين متتاليين .

المبحث الأول

احكام العقد غير الصحيح والموقوف وغير اللازم

المطلب الأول

النكاح غير الصحيح

١٢٦ - العقد يكون باطلا اذا عراه خلل في ركنه ، ويكون فاسدا اذا كان الخلل في وصفه • وهذا الامر جار في المعاملات المالية • اما في عقد الزواج فان الراجح في الفقه الحنفى انه لا فرق بين باطل النكاح وفاسده ، فباطله فاسد ، وفاسده باطل • وعلى ذلك فليس النكاح الا قسمين : نكاح صحيح ونكاح غير صحيح •

والعقد غير الصحيح لا تترتب عليه اثار البتة بمقتضى وجوده المجرد ، فلا تثبت نفقة ولا طاعة ولا توارث ولا اى حق من الحقوق بين الطرفين باى حال من الاحوال • ولكن اذا حصل دخول في العقد غير الصحيح فقد تترتب احكام على هذا الدخول اذا كان الدخول بشبهة • والشبهة قد تمحو وصف الجريمة وقد تسقط حد الزنى فقط مع بقاء وصف الفعل • ولاهمية الشبهات في هذا المقام نخصها ببعض الكلام •

١٢٧ - تعريف الشبهة : تعرف الشبهة بانها ما يشبه الثابت وليس بثابت أو هي وجود المبيع صورة ، مع علم حكمه أو حقيقته •

١٢٨ - اقسامها : يقسم ابو حنيفة الشبهة الى اقسام ثلاثة هي :

- شبهة الفعل
- وشبهة الملك
- وشبهة العقد

١٢٩ - اما شبهة الفعل : وتسمى شبهة اشتباه ، وشبهة مشابهة ،
اي شبهة في حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه . وفيها يعتقد الشخص
حل الفعل ويظن في نفسه ان الحرام حلال ، من غير دليل ، قوى أو ضعيف ،
أو خبر من الناس . وعلة تسمية هذه الشبهة بشبهة الفعل انها صحبت نفس
الفعل ، ولم تقم بالمحل ، الذى لا شبهة في تحريمه ، ولكن الظن قام بذهن الفاعل
بسبب جهله بالشرع .

ومن امثلة الشبهة في الفعل أن يأتى الزوج زوجته التى طلقها ثلاثا في
العدة ، أو التى ابانها على مال ، أو خالعا . اذ انه ، وان كانت الحرمة
ثابتة بالاجماع في كل هؤلاء ، لان حرمتهم مقطوع بها ، فالملك والحق غير ثابت
في حقهن ، الا ان فيهن بعض الاحكام رغم ذلك ، منها النفقة والسكنى والمنع
من الخروج وحرمة اختها أو أربع سواها ، وعدم قبول شهادة كل منهما
لصاحبه . فحصل بذلك الاشتباه الذى اورث شبهة ، ان ظن حله ، لانه في
موضع الاشتباه فيعذر .

فانت ترى ان شرط تحقق الشبهة هنا هو ظن الفاعل الحل ، فيعذر ،
ويرفع عنه الحد لانه ، في موضع الاشتباه لمعنى راجع اليه ، وهو الظن ، مع
ان الفعل زنى في حقيقته .

١٣٠ - واما الشبهة في المحل : وتسمى شبهة حكمية ، وشبهة ملك ،
فهى تقوم اذا وجد دليل شرعى يفيد حل الفعل الذى ارتكب مع وجود دليل
آخر بجانبه يرجحه يحرم الفعل نفسه ، فيكون الفعل محرما حقيقة ، غير ان
وجود الدليل الآخر يورث شبهة في حكم الشرع فيما يتعلق بهذا التحريم .
فالثابت في كل حالة من حالات هذا النوع من الشبهات شبهة حكم الشرع بحل
المحل .

ومثال هذه الشبهة ، في جريمة القذف مثلا ، ان يكون القاذف اب
المقدوف . ففى هذه الحالة ، مع ان الجريمة تمت باركانها ، مما يقتضى تطبيق

الحد اخذا بالنصوص التى تحرم القذف وتعين عقوبته ، لكن يوجد دليل قد يفيد تحريم اقامة الحد على الوالد ، وهو قوله تعالى : « ولا تقل لهما اف » . لأن النهى عن التأفف نصا يفيد النهى عن الضرب دلالة . وكذلك : « وبالوالدين احسانا » ، لان المطالبة بحد القذف تتنافى مع الاحسان للوالدين .

والذى قيل في القذف يقال في السرقة اذا كان السارق اب المسروق منه لوجود دليل يعارض دليل التحريم مهما كانت قوته ، هو حديث : « انت ومالك لابيك » ، اذ يستفاد منه نوع ملكية للاب في مال الابن ، وقد جرت العادة بسيطرة الاب على مال الابن ، للخلطة بينهما .

ويقال مثل ذلك في القتل العمد ، اذا كان المقتول ابن القاتل ، لنفس السبب الذى في السرقة .

ومن امثلة هذا النوع من الشبهات في جريمة الزنى ان يطأ الرجل المطلقة بائنا بالكنايات . واساس هذه الشبهة قول عمر رضي الله عنه : « الكنايات رواجع » .

ففى هذه الحالات وامثالها توجد شبهة حكم الشرع بحل المحل ، لان للجاني في المحل ملكا أو شبهة ملك .

وفيه لا يشترط ظن الحل ، كما هو الشأن في شبهة الفعل . حتى لو اقر الجاني مثلا بعلمه ان من اتاها محرمة عليه . لان هذا الاقرار لا يرفع عن الفعل الشبهة في الملك ، فلا يجب الحد على الفاعل ، وان قال : علمت انها على حرام .

١٣١ - واما شبهة العقد : ويقول بها ابو حنيفة وزفر ، فمعناها ان صورة العقد عندهما تكفى بذاتها لايجاد الشبهة بالنسبة للوطء الحاصل في زواج من هذا القبيل فما دام العقد قد حصل بايجاب وقبول ممن يكون أهلا له ، فان الدخول في مثل هذا الزواج دخول بشبهة ، يندرى معه الحد .

(م ٩ - الأحوال الشخصية)

ومثال هذا النوع من الشبهات ان يتزوج شخص امه أو اخته ويدخل بها بناء على ذلك ، أو خامسة على أربع في عصمته ، أو خمسا في عقد واحد ، أو مجوسية أو مشركة . أو يطأ من تزوجها مع اختها في عقد واحد أو عقدين ، أو يتزوج زوجة الغير أو معتدته ويطأها ، أو المطلقة ثلاثا .

وفي هذه الشبهة كان وجود العقد صورة هو السبب فيها . وبذلك يندري عن الفاعل حد الزنى ، ولو كان عالما بالتحريم ، مع ان مثل هذا الزواج مجمع على تحريمه . ومرد ذلك ان عقد الزواج سبب إباحة المعقود عليها ، فاذا وجد العقد صورة ، ولكنه كان باطلا ، فقد توافرت به صورة المبيح ، واذا لم يثبت حكمه ، وهو الإباحة لبطلانه ، فان صورته مع ذلك باقية ، وهي وحدها كافية لدرء الحد عن الفاعل ، اذ ان الحد يندري بالشبهات .

وهذه الشبهة عند ابي حنيفة وزفر تدرأ الحد عن الفاعل ، حتى ولو كانت الحرمة مؤبدة ويعلم بها الفاعل . وقد وافقهما على ذلك الثوري . لكن يبالغ في تعزيره لجسامة جرمه . وعدم الحد عندهما سببه ان الوطء في هذه الحالات تمكنت الشبهة منه ، فلم يجب الحد . ويستوى ان تكون الحرمة ينسب أورضاع أو مصاهرة .

ويختلف الصاحبان مع ابي حنيفة في ذلك ، فعندهما ان الحد لا يندري الا اذا كان الجاني غير عالم بالتحريم ، لوجود شبهة المحل ، وقد تكلمنا عنها . اما اذا كان عالما بالتحريم فانه يحد للزنى ، لان صورة العقد لا تكفي عندهما لقيام الشبهة (١) .

١٣٢ - وبعد تعريف الشبهات وتقسيمها والكلام في كل قسم نقول انه اذا حصل دخول في العقد غير الصحيح ، وكان هذا الدخول من غير شبهة ، كان

(١) التعزير في الشريعة الاسلامية للمؤلف ، طبعة الثالثة سنة ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٧ م . فقرة ٤٤ ص ٣١ والهامش رقم ٢ من هذه الصفحة ، ص ١٤٥ - ١٤٩ الفقرات من ١٥١ الى ١٥٤ - الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية للمؤلف الطبعة الأولى سنة ١٣٨٠ هـ - ١٩٦١ م . فقرة ٥٥ وما بعدها .

يكون احد الطرفين فاقد الاهلية أو الا يوافق القبول إلا يجاب فانه لا يكون في هذه الحالة عقد زواج لا حقيقة ولا حكما ؛ ويتمحض الدخول زنى فلا تترتب عليه احكام من نفقة أو طاعة أو نسب أو توارث الخ ويجب في هذا الفعل حد الزنى لانعدام الشبهة .

وإذا كان الدخول فى العقد غير الصحيح قد صحبته شبهة اشتباه وهى ما تسمى بشبهة الفعل فان هذه الشبهة تسقط الحد ولكنها لا تمحو وصف الزنى وعلى ذلك يثبت المهر لأن الدخول فى الاسلام لا يخلو من عقر أو عقر اى عن حد أو مهر ، ولكن لا تثبت العدة اذ لا عدة من الزنى ، ولا يثبت النسب لان الزنى لا يثبت به النسب البتة . والدخول فى شبهة العقد يأخذ حكم الدخول فى شبهة الاشتباه ، لان شبهة العقد عند ابي حنيفة تأخذ حكم شبهة الاشتباه (١) .

وإذا كانت هناك شبهة محل فانه يترتب على الدخول سقوط الحد ومحو وصف الزنى عن الفعل ويثبت المهر ويثبت النسب . . .

ويلاحظ اخيرا ان العقد الفاسد فى كل احواله لا يثبت توارثا ولانفقة ، وان حرمة المصاهرة ان ثبتت أحيانا فليس ذلك بسبب العقد نفسه ولكن بسبب ذات الدخول فى العقد الفاسد . اذ الدخول ولو كان زنى يثبت حرمة المصاهرة عند الحنفية .

١٣٣ - نصت المادة ٧٥ من قانون حقوق العائلة على ان : « النكاح الباطل مطلقا سواء حصلت المقاربة ام لا والنكاح الفاسد اذا لم تحصل فيه

(١) الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية للمؤلف فقرة ٦٢ - محمد أبو زهرة فى كتابه « الأحوال الشخصية » وقد ذكر ان إثبات النسب فى الدخول بشبهة الاشتباه موضع خلاف فى المذهب الحنفى وأن بعضهم أثبتته احتياطا لمصلحة الولد وان الكمال بن الهمام استظهر عدم ثبوت النسب ههنا ورجحه .

- ١٣٢ -

المقاربة لا يفيدان الحكم اصلا وعليه لا تثبت بينهما احكام النكاح الصحيح كالنفقة والمهر والنسب والعدة وحرمة المصاهرة والتوارث ، . كما نصت المادة ٧٦ على انه اذا حصلت المقاربة في النكاح الفاسد يلزم بها المهر والعدة ويثبت بها النسب وحرمة المصاهرة انما لا تثبت الاحكام الاخرى كالنفقة والتوارث . ونصت المادة ٧٧ على ان : « بقاء الطرفين على الزوجية ممنوع بالنكاح الباطل والفاسد مطلقا واذا لم يفترقا يفرق بينهما بالمحاكمة » .

والذى يلاحظ في هذه المواد انها فرقت بين باطل النكاح وفاسده وبالنسبة للبطل الحكم فيه واحد سواء حصل دخول أو لم يحصل وهو ان هذا النكاح لا تترتب عليه الاحكام اصلا فلا تكون له آثار النكاح الصحيح . اما النكاح الفاسد فقد فرقت هذه النصوص بين ان يكون قد حصل الدخول بناء عليه أو لم يحصل ، فان لم يكن حصل فتسرى عليه احكام النكاح الباطل ، وان كان قد حصل فانه تترتب على الدخول فيه احكام فيلزم المهر والعدة ويثبت النسب وحرمة المصاهرة لكن لا يحق النفقة ولا يجرى التوارث بينهما . واخيرا فان المادة ٧٧ اوجبت التفريق في النكاح الباطل والفاسد بحكم القضاء ان لم يحصل الافتراق فعلا ، وهذا طبيعي لانه لا يمكن ان يقر الطرفان في هذه العلاقة غير المشروعة على موقفهما بالتفريق اذن من حق الله يعنى من النظام العام .

المطلب الثاني

العقد الموقوف

١٣٤ - العقد الموقوف كما سبق ان بينا عقد صحيح ولكنه غير نافذ ومثاله عقد الفضولى . وهو ان اجازه صاحب الشأن في الاجازة كانت الاجازة كالاذن السابق ، وان لم يجزه كان غير صحيح .

- ١٣٣ -

وإذا حصل الدخول قبل الاجازة ثم تلت الاجازة الدخول فان الدخول يكون دخولا في زواج صحيح لان العقد بالاجازة يعتبر نافذا منذ نشأ . اما اذا اعقب الرفض الدخول فتكون هناك شبهة تسقط الحد وتمحو وصف الزنى ويثبت المهر والعدة والنسب . والعقد الموقوف اذا حصلت الوفاة اثناء الوقف لا يثبت به توارث ، كما لا يثبت حرمة المصاهرة ما دام لم تحصل الاجازة لان الرفض ازاله من الاساس .

المطلب الثالث

العقد غير اللازم

١٣٥ - العقد غير اللازم كما سبق البيان هو الذى لم يستوف شروط اللزوم ومنه تزويج البالغة نفسها مع اشتراط الكفاءة وتبين عدمها فان من حقها طلب فسخ الزواج .

وإذا حصل الدخول في العقد غير اللازم قبل فسخه فانه دخول في عقد صحيح من كل الوجوه لان العقد قائم ينتج آثاره كعقد صحيح حتى يحصل الفسخ ، وعلى ذلك ففيه النفقة والتوارث وتثبت حرمة المصاهرة بمجرد العقد ان كان مجرد العقد يثبتها .

وإذا حصل الفسخ بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة فانه يجب المهر المسمى وتجب العدة ويثبت النسب وتجب نفقة العدة . وإذا حصل قبل الدخول وقبل الخلوة فانه لا يجب المهر كله ولا يجب نصفه لان الفسخ هنا يكون كنقض العقد من أصله .

المبحث الثاني

احكام النكاح الصحيح

١٣٦ - تترتب على الزواج الصحيح حقوق مختلفة • وهذه الحقوق منها ما يكون للزوج على زوجته ومنها ما يكون للزوجة على زوجها ومنها ما هو مشترك بينهما • وفيما يلي نتعرض بالبيان لهذه الحقوق :

المطلب الأول

الحقوق المشتركة بين الزوجين

١٣٧ - هذه الحقوق هي :

- (١) حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر لقوله تعالى : « والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم أو ما ملكت ايماهم فانهم غير ملومين » (١) •
- (٢) ثبوت التوارث بين الزوجين فاذا مات احدهما والزواج قائم حقيقة أو حكماً فان الآخر يرث فيه ما لم يوجد مانع من موانع الإرث •
- (٣) حرمة المصاهرة وقد مر الكلام في هذا الامر في المحرمات من النساء •

(٤) حسن المعاشرة فيجب على كل من الزوجين ان يحسن معاشرته الآخر حتى تدوم العلاقة الزوجية بينهما ان وتثمر ، ومما يفيد ذلك قوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » (٢) وقوله : « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف » (٣) •

-
- (١) سورة المؤمنون آية رقم ٥ •
 - (٢) سورة النساء آية رقم ١٩ •
 - (٣) سورة البقرة آية رقم ٢٢٨ •

١٣٨ - وقد نصت المادة ٧٣ من قانون حقوق العائلة على أن :
« الزوج مجبور على حسن معاشرة زوجته والزوجة مجبورة أيضا على اطاعة زوجها في الامور المباحة » . فهذه المادة يدخل فيها الحقان المشتركان الأول والرابع وهما حق استمتاع كل من الزوجين بالآخر فيما هو مباح شرعا وكذلك حسن المعاشرة المتبادل بين الزوجين .

اما حق التوارث فقد نصت عليه المادة ٦٩ في قولها : « يلزم مهر الزوجة ونفقتها على الزوج عند تمام عقد النكاح الصحيح ويثبت بينهما حق التوارث » .

واما حرمة المصاهرة فقد بينه قانون حقوق العائلة وتصدينا له في الكلام عن المحرمات .

المطلب الثاني

حقوق الزوج على زوجته

١٣٩ - للزوج على زوجته حقوق أهمها :

(١) حق الطاعة في كل ما يعد من آثار الزواج وما يكون حكما من احكامه .
ومن ذلك ان تدخل في طاعته في المسكن الذي يعده لها متى كان مستوفيا للشرائط الشرعية وكان هو امينا عليها واوفاهها مهرها أو ما جرى العرف على تعجيله منه ، فان امتنعت عن الدخول في طاعته في هذا المسكن فانها تكون ناشزة ولا تجب لها عليه نفقة في فترة النشوز . اما اذا كان امتناعها عن الدخول في طاعته لعذر شرعى ، كان يكون غير امين عليها أو لم يوف لها صداقتها أو كان المسكن غير لائق بحالة الزوج المالية أو مشغولا بسكن الغير فانها لا تصير بامتناعها ناشزة بل تبقى عليه نفقتها في فترة الامتناع .

وإذا أمرها بمعصية فليس عليها طاعته لأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق .

وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ في مصر على أنه تضاف الى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مواد جديدة منها المادة (٦ مكررا ثانيا) وهذه المادة هي : « اذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجية من تاريخ الامتناع » .

وتعتبر ممتنعة دون حق اذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج اياها للعودة على يد محضر ، وعليه أن يبين في هذا الاعلان المسكن .

وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية في خلال عشرة أيام من تاريخ هذا الاعلان وعليها أن تبين في صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التي تستند اليها في امتناعها عن طاعته والاحكم بعدم قبول اعتراضها .

ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض اذا لم تتقدم في الميعاد .

وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة . فاذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة اجراءات التحكيم الموضحة في المواد من ٧ الى ١١ من هذا القانون .

وجاء في المذكرة الايضاحية للمادة المذكورة قولها : لما كانت الشريعة الاسلامية قد جعلت حقوق الزوجية وواجباتها متقابلة ، فحين ألزمت الزوج بالانفاق على زوجته في حدود استطاعته أوجبت على الزوجة طاعته وكان مظهر هذه الطاعة أن تستقر الزوجة في مسكن الزوجية الذي هيأه لها الزوج امتثالا لقول الله تعالى (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن) من الآية ٦ من سورة الطلاق .

ومن هنا قرر الفقهاء أن الأصل في الزوجة الطاعة وأنه اذا امتنعت عن طاعة الزوج فانها تكون ناشزا وتسقط نفقتها من تاريخ هذا الامتناع .

وتنظيما لهذا جاءت المادة (٦ مكررا ثانيا) حيث قضت بأن امتناع الزوجة عن طاعة الزوج دون حق يترتب عليه وقف نفقتها من تاريخ الامتناع ، وتعتبر ممتنعة دون حق اذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج أياها للعودة على يد محضر ، وعلى الزوج أن يبين في هذا الاعلان المسكن .

ثم أتاح النص للزوجة الاعتراض وأوجب عليها أن تبين في صحيفة اعتراضها الأوجه الشرعية التي تستند اليها في امتناعها عن طاعة زوجها ، واذا خلا الاعتراض من هذه الأوجه كان على المحكمة أن تقضي بعدم قبوله .

وقرر النص أن النفقة توقف منذ تاريخ اعلان الزوج الى الزوجة بالعودة الى المسكن واذا لم تعترض في الميعاد المقرر بذات النص صار وقف النفقة حتما من تاريخ انتهاء الميعاد .

ثم اذا استوفى الاعتراض شكله القانوني وجب على المحكمة عند نظر موضوعه التدخل لانهاء النزاع صلحا من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحدهما . والمقصود بالصلح هو استمرار المعاشرة بالمعروف ، ومؤدى هذا أن لها أن تبحث شرعية المسكن اذا كان اعتراض الزوجة منصبا على انتفاء شرعيته ، ولها أن تأمر الزوج باعداد المسكن المناسب اذا بان لها أن المسكن الذي حدده الزوج في الاعلان غير مستوف لما يجب توافره شرعا أو عرفا . فاذا اتضح من المرافعة أن الخلاف مستحكم بين الزوجين وطلبت الزوجة الطلاق اتخذت اجراءات التحكيم الموضحة في المواد من ٧ - ١١ من هذا القانون .

٢) القرار في منزل الزوجية . وهذا حق طبيعي لان طبيعة المرأة وتكوينها اقتضي توزيع الاختصاصات بين الزوجين فكانت هي للمنزل ترعاه وتحيله الى واحة خضراء وترعى الاولاد وتربيهم ، وكان هو للجهد خارج المنزل لتحصيل العيش .

وإذا ارادت مغادرة المنزل فيكون ذلك بإذن زوجها • إلا إذا كان هناك مسوغ شرعى لهذا الخروج • ومن ذلك أن تخرج لزيارة أبيها مرة كل أسبوع ، ولو لم يأذن بذلك الزوج ، ولها زيارتهما أيضا في حال مرضهما • وإذا كان القريب غير الوالدين وكان ذا رحم محرم لها فهي تملك زيارته بدون إذن الزوج مرة في كل سنة •

وينبغي أن يكون مرد الأمر في الزيارة للأقارب المذكورين على مقتضى العرف • وليس لها أن تبني خارج منزل زوجها بغير إذنه إلا إذا مرض أحد والديها ولم يوجد غيرها يتعهده وتعين ذلك عليها فلها البقاء عنده والقيام على خدمته بقدر الحاجة •

٣) ثبوت نسب الولد الذي تأتي به الزوجة على فراش الزوجية من

الزوج •

٤) حق التأديب : يقول تعالى : « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن وأهجروهن في المضاجع واضربوهن ، فإن اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » (١) وهذه الآية جعلت للزوج حق تأديب زوجته ، والتأديب قد يكون بالوعظ وقد يكون بالهجر الجميل في المضجع وقد يكون بالضرب إذا تعين وسيلة للتأديب ويشترط ألا يكون مبرحا • وينبغي التنبيه إلى أن هذه الوسائل مقررّة لكل النساء وليست لكل واحدة منهن فمن النساء من يكفي فيهن مجرد الوعظ الخفيف ومنهن من لا يفيد فيه إلا الضرب ، وهذا أمر مرده اختلاف الطبائع والأخلاق ودرجة التربية ، وإنما كان التأديب للزوج دون غيره لأن هذا حفظ لأسرار البيوت فضلا عن أن الزوج لعلاقته بزوجه هو أعرف الناس بما يصاحبها (٢) •

(١) سورة النساء الآية رقم ٣٤ •

(٢) صرح قانون حقوق العائلة بحق الطاعة وبحق القرار في البيت : فقالت المادة ٧١ منه أنه : (تجبر الزوجة بعد استيفاء المهر المعجل على =

١٤٠ - وبناء على ما بينا في حق الطاعة فان الزوجة لاتكون ناشزة اذا
هي لم تطع الزوج غير الأمين عليها .

وقد حكم بأن حبس الزوج لزوجته في مسكن الطاعة ومنعه عنها الطعام
يُضيق عليها ، ويكرهها على اسقاط نفقتها يجعله غير أمين عليها ، ويمنع من
تنفيذ حكم الطاعة عليها (١) .

وبأن للزوجة الخروج لزيارة والديها كل أسبوع مرة بدون إذن زوجها
ولهما زيارتها كذلك كل أسبوع مرة ، ولا يجوز للزوج منعها من زيارتها
أو منعها من الخروج لزيارتها ، فان فعل فقد حرمها حقا فظلمها فلا يكون
أميناً عليها ، لأن الظلم والأمانة لا يجتمعان (٢) .

وبأن الزوج اذا ضرب زوجته بغير حق ، وان لم يكن الضرب فاحشا ،
وجب عليه التعزير ، ومنه الا يمكنه القاضي من تنفيذ حكم الطاعة زمانا (٣) .

وحكم بأن ضرب الزوج زوجته ضربا مبرحا يجعله غير أمين عليها فلا
تلزم بطاعته (٤) وبأن الزوج لا يجب الى طلب زوجته لطاعته متى ثبت أنه غير
أمين عليها ، ومن عدم الأمانة تهريبه جهازها لأن هذا دليل على عدم الأمانة على

= الإقامة في بيت زوجها اذا كان مسكنا شرعيا وكذا على الذهاب معه اذا أراد
الزوج الذهاب الى بلدة أخرى اذا لم يوجد مانع (. وقالت المادة ٧٢ انه:
(ليس للزوج ان يسكن في بيته بدون رضا زوجته أحدا من أهله وإقاربه عدا
ولده الصغير غير المميز ٠٠٠) . وقالت المادة ١٧٣ (٠٠٠٠٠٠) والزوجة
مجبورة ايضا على طاعة زوجها في الأمور المباحة) .

(١ ، ٢) تلا الشرعية ، ١٣/٤/١٩٣٠ ، المحاماة الشرعية ،
س / ع ١ / ١٠ ص ٩١١ رقم ٢٣٣ .

(٤) مصر الابتدائية الشرعية ، ٢٣/١١/١٩٣١ ، المحاماة الشرعية ،
س / ع ٣ / ٧ ص ٦٣٢ رقم ٩٠

مالها ، لاسيما اذا ادعى وقت ضبطه أنه ملك لغيرها ، فهو دليل على عدم تحرجه عن الاضرار بها (١) وحكم بأن حكم الغرامة لا يكون حجة في عدم أمانة الزوج ما دام لم يصر نهائيا ، ولا يقبل الدفع بعدم الأمانة ارتكانا على هذا الحكم (٢) .

وبأن مجرد ضرب الزوج لزوجته لا يدل على عدم الأمانة ، وإن كان كافيا في نظر النيابة للدانة ، فقد يكون الضرب هو العلاج الوحيد لانتظام سعادة الزوجين تبعا لطبقتهم ، ويكون معه أمينا (٣) ، ولعل هذا الحكم رأى في الضرب الحاصل أنه من قبيل ما هو من حق الزوج شرعا .

وحكم بأن ضرب الزوج لزوجته والحكم عليه بالغرامة من أجل ذلك دليل على عدم امانته عليها يمتنع معه الحكم بالطاعة (٤) .

وحكم بأن الزوج يملك على زوجته حق التمتع والطاعة بمجرد العقد ، وليس لها الامتناع من تسليم نفسها اليه بسبب الضرب والاساءة ، ولا تملك الرغبة عن الإقامة في مسكن الطاعة بسبب ذلك متى كان للمسكن جيران صالحون يوثق بهم . فان ضربها الزوج وآذاها زجره القاضي ، ومتمعه من التعدي في حقها (٥) .

وبأن ضرب الزوج لزوجته والحكم عليه بالغرامة من أجل ذلك لا يدل على عدم امانته عليها ، فلا يجاب معه طلب الزوجة رفض دعوى الطاعة لعدم الأمانة (٦) .

-
- (١) محكمة سنورس الشرعية ، ١٩٣٢/٨/٢٤ ، المحاماة الشرعية ، س / ع ٥ / ٩ ، ١٠ ص ٩١٢ رقم ٢٥٠ وقد تأيد هذا الحكم في الاستئناف .
 (٢ ، ٣) محكمة شبراخيت الشرعية ، ١٩٣٣/١/٣ ، المحاماة الشرعية ، س / ع ٥ / ٩ ، ١٠ ص ٩١٥ رقم ٢ وقد صار هذا الحكم نهائيا .
 (٤) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٥/٤/١ ، المحاماة الشرعية ، س / ع ٧ / ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٤٦٠ رقم ١١٨ .
 (٥) محكمة أسيوط الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٥/١٢/١ ، المحاماة الشرعية ، س / ع ٧ / ١ ، ٢ ص ٣٢٩ رقم ٥٧ وقد استند الحكم على :
 الخانية والهندية في أول فصل السكنى نقلا عن المحيط ، ج / ١ ص ٤٤٣ .
 (٦) محكمة الواسطى الشرعية ، ١٩٣٥/٢/٢١ ، المحاماة الشرعية ، =

وبأن حصول الزوجة على حكم يمنع الزوجة من النفقة في اليوم التالي لتاريخ حكم الطاعة والحكم عليه بغرامة جزاء ايدائه لها ودلالة محضر الحجز على قصد الاضرار بالزوجة بالتمسك عليها بحكم الطاعة قرينة على قصد الكيد لها
توجب منعه من التعرض لها بحكم الطاعة(١) .

وحكم بأنه لا يمنع من الحكم بالطاعة للزوج على زوجته فعله معها منكرا يقتضي التعزير(٢) .

وحكم بأنه اذا ساءت العشرة بين الزوجين بدرجة قد تؤدي الى التفريق فلا يجب الزوج الى طلبه الحكم على زوجته بالطاعة في هذه الحالة لأن ما يقتضي التفريق يقتضي ما هو أقل منه بداهة(٣) .

١٤١ - ويجب للحكم بالطاعة ان يكون الزوج قد أوفى الزوجة مهرها أو ما جرى العرف على تعجيله منه ، فاذا لم يكن ذلك فلا يحكم بالطاعة .

وقد حكم بأن للزوجة أن تمنع نفسها من الوطء ودواغيه ومن النقلة ، ولو بعد وطء وخلوة رضيتهما حتى تأخذ ما بين تعجيله من المهر كله أو بعضه ، حتى لو أعطاها المهر الا درهما فلها المنع . وتجبر على الطاعة متى

= س / ٧ / ع ٣، ٢، ١ ، ص ٢٠٥ رقم ٥٩ . وقد تأيد في الاستئناف - وانظر ايضا حكم محكمة أسيوط الابتدائية الشرعية ١٩٣٤/١/٢١ المحاماة الشرعية س / ٥ ع ٧ ، ٨ ص ٧٤٤ رقم ١٩٨ . وفيه ان دعوى الطاعة لاتندفع بعدم امانة الزوج على النفس أو المال لارتكابه الاعتداء عليها أو اغتصابه متاعها مرة .

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٦/٦/٤ المحاماة الشرعية س / ٩ ع ٣ ص ٢٤٧ رقم ٤٩ .

(٢) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٦/٩/٥ المحاماة الشرعية س / ٨ ع ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٢٠٤ رقم ٤٩ .

(٣) محكمة عابدين الشرعية ١٩٣٦/٥/٢ المحاماة الشرعية س ٧ ع ١٠ ، ٩ ص ٨٦٩ رقم ٢٣٨ .

ثبت ايفاء العاجل قبل الحكم بها ، ولو كان ذلك بتاريخ متأخر عن تاريخ الدعوى بالايفاء (١) .

وبأن الزوجة لا تلزم بطاعة زوجها اذا لم تستوف عاجل صداقها ولو دخل بها (٢) .

وبأن تحرير الزوج على نفسه في نفس الوقت الذي حصل فيه عقد الزواج سندا بما يساوى المهر باسم الزوجة أو من يلى قبض صداقها شرعا مع عدم بيانه وجها مقبولا لتحرير هذا السند قرينة قاطعة في أن المبلغ المحرر بالسند هو المهر ، فلا تجبر الزوجة حينئذ على الطاعة حتى تستوفي عاجل صداقها مما جاء بهذا السند .

وفي هذا الحكم أيضا أنه يقبل تكذيب الزوجة اقرارها في وثيقة الزواج بقبض عاجل صداقها متى قدمت دليلا كتابيا (هو السند المذكور آنفا) يفيد صدقها في دعوى الرجوع (٣) .

-
- (١) العياط الشرعية ، ١٦/٩/١٩٢٩ ، المحاماة الشرعية ، س/١ / ع / ٦ ص ٥١٦ رقم ١٤٣ .
- (٢) محكمة أجا الشرعية ، ١٩/١٠/١٩٣٦ ، المحاماة الشرعية ، س/ ١٠ / ع / ٧ ص ٦٦٤ رقم ١٣٢ .
- (٣) المنصورة الابتدائية الشرعية ، ٣/١١/١٩٣١ ، المحاماة الشرعية ، س/٣ ع/٣ ص ٢٦٠ رقم ٦٠ .

وأنظر حكم محكمة الواسطى الشرعية في ١٨/١٠/٣٤ المحاماة الشرعية س / ٩ ع ، ص ١٤٠ رقم ٢٣ ففيه كذلك ان الزوجة لا تلتزم بطاعة زوجها ما لم تستوف عاجل صداقها ، وان كتابة الورقة العرفية المحررة بمبلغ للزوجة على زوجها بخط المأذون وتاريخها بتاريخ يوم العقد دليل على أن هذا المبلغ من عاجل الصداق ، ولا تنافي بين هذا وبين الوارد بقسيسة الزواج من قبض معجل الصداق - وحكم محكمة شبين القناطر الشرعية ٢٧/٢/١٩٣٣ المحاماة الشرعية س / ٤ ص ٦٥٢ رقم ٢١١ . وفيه انه اذا حررت القسيسة بايفاء عاجل الصداق ثم وجدت أوراق أو قرينة تدل على بقاءه فلا اعتبار لما اشتملت عليه من ايفاء العاجل .

وحكم ، مع ما ذكر ، بأنه لا يمتنع الحكم على الزوجة بالطاعة بعدم ايفائها جميع عاجل صداقها مادام وكيلها قد رضي بتأجيل مالم يقبض منه . وأن بقاء جزء من عاجل الصداق في ذمة الزوج زائدا عما تعود في تعجيله غير مانع من الحكم على الزوجة بطاعته^(١) .

وأنظر كذلك حكما لمحكمة أسيوط الابتدائية الشرعية فقد قرر ان دفع الزوجة دعوى الطاعة بعدم استيفائها مقدم صداقها مع النص على قبضه بقسيمة الزواج يعتبر من قبيل ادعاء الكذب في الاقرار وهو جائز متى قدمت دليلا كتابيا يؤيده ، وهو السند المحرر على الزوج في يوم العقد بمبلغ مقدم الصداق يدفعه لوكيلها ، ولو لم تذكر فيه صفة الوكالة عن الزوجة بعد ذكر اسم من تحرر السند لصالحه^(٢) .

وقد حكم ، مع ذلك ، بأن مجرد دخول الزوج بزوجه برضاها مانع من سماع دفعها الطاعة بعدم ايفاء مقدم الصداق المحرر به ورقة ، سواء حل أجل دفعه أو لم يحل ، لأنها برضاها بتأجيله قد أسقطت حقها في استيفائه ، فلا تملك الرجوع اليه^(٣) .

وبأن الزوجين اذا جعلوا بعض المهر حالا وبعضه مؤجلا الى وقت الحلول شرعا وقبضت الزوجة بعض الحال وأجلت قدرا منه أجلا معيناً خرج هذا القدر بالتأجيل عن أن يكون حالا فليس للزوجة والزوجة قائمة أن تمنع نفسها لاستيفاء ما أجلته من الحال وان حل أجله .

(١) كوم حمادة الشرعية ، ٢٢/١٠/١٩٣١ ، المحاماة الشرعية ، س / ٤ ص ٦٠ رقم ١٧ (يقارن رقم ٢) وهذا الحكم تأيد في الاستئناف - امبابة الشرعية س / ٤ ص ٤٥٣ رقم ١٤٣ - تأيد استئنافيا .

(٢) أسيوط الابتدائية الشرعية ، ٣٧/٧/٦ ، المحاماة الشرعية ، س / ٨ ع / ٧ ، ٩٨ ص ٢٥٢ رقم ٤٩ .

(٣) أسيوط الابتدائية الشرعية ، ٣٦/١١/٢٣ ، المحاماة الشرعية ، س / ٨ ع / ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٢١٥ رقم ٥٥ - المنصورة الابتدائية الشرعية المحاماة الشرعية ١٧/٣/١٩٣١ س / ٢ ع ٧ ص ٦٤٥ رقم ٧٨ .

وحكم بأن للزوجة أن تمتنع عن طاعة زوجها حتى تستوفى عاجل صداقها المسمى ، أو قدر ما يجعل لمثلها ، ولا يؤثر على حقها هذا رضاها في عقد الزواج أن تطيع زوجها في أى جهة وعلى أية حالة (١) .

وحكم بأنه لا تسمع دعوى الطاعة بأقرار الزوج بعدم إيفاء الزوجة عاجل صداقها ولو سبق الاقرار باستيفائه ضمن قسيمة الزواج (٢) .

وحكم بأن قبض وكيل الزوجة لمقدم الصداق بعد مجلس العقد معتبر لاجوز معه للزوجة الامتناع عن طاعة زوجها بدعوى عدم قبضه (٣) .

وبأن ذمة الزوج تبرأ من حال الصداق لزوجته البكر بأقرار والدها (وكيلها في العقد) بقبضه بعد العقد لأن له ولاية القبض عنها ، فلا يسمع الدفع بزوال ولايته بعد العقد جرياً على المألوف والمعتاد من تسليم البنات الأبنكار لأبنائهن في العقد والزواج واستحيائهن من التكلم فيه أمامهم ، فلا يقبل الدفع مع هذا ، بعدم استيفاء عاجل الصداق (٤) .

١٤٣ - ويجب لكى يحكم بالطاعة ، كما سبق ذكره ، أن يكون السكن المعد مستوفياً شرائطه الشرعية ، ومن ذلك أن يكون لائقاً بحالة الزوج المالية غير مشغول بسكن الغير بين جيران صالحين .

وقد حكم بأن عدم وجود مسكن يقتضي عدم تنفيذ حكم الطاعة . وكان المحضر ينفذ حكم طاعة فتبين عدم المسكن فأوقف التنفيذ ، وقد اعتبرت المحكمة محضر وقف التنفيذ حجة على الزوج في عدم وجود مسكن له (٥) .

(١) محكمة كرموز الشرعية ، ١٤٣ / ١٠ / ٣٤ ، المحاماة الشرعية ، س / ٧ ع ٧ ، ٨ ص ٦٨٩ رقم ١٧٦ .

(٢) محكمة دشنا الشرعية ، ١٩٣٥ / ٣ / ٦ ، المحاماة الشرعية ، س / ٦ ع ٣ ، ٤ ، ٥ ص ٤٥١ رقم ١٣٦ ، وقد تأيد في الاستئناف .

(٣) محكمة كفر صقر الشرعية ، ١٩٣٦ / ٩ / ٢٢ ، المحاماة الشرعية ، س / ٨ ع ١ ، ٢ ، ٣ ص ٢٢٦ رقم ٧٨ وقد تأيد في الاستئناف .

(٤) محكمة الاسكندرية الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٤ / ١١ / ١٨ ، المحاماة الشرعية ، س / ٦ ع ١ ، ٢ ص ١٣١ رقم ٣١ .

(٥) مصر الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٢ / ١ / ٢٠ ، المحاماة الشرعية ، س / ٣ ع ٩ ، ١٠ ، ٢٦٤ ص ١٥٤ .

وبأن صدور حكم الطاعة صلحا من غير ثبوت شرعية المسكن فيه لا يصلح حجة للنشوز^(١) .

وبأن قرينة عجز المدعى عن بيان محل سكن أبويه مع شهادة الشهود بملكية المسكن لأمه ، مانعة من الحكم بالطاعة في السكن المذكور ^(٢) .

وبأنه لا يحكم بالطاعة على الزوجة في المسكن الذى يختلف عن مسكن الزوج بما يجعل المقصود منه مجرد الوصول للحكم بالطاعة^(٣) .

وبأنه لا يصح الحكم بالطاعة في منزل ثبت بحضور الحجز عدم وجود سكن للزوج فيه^(٤) .

وحكم بأن العوامات في نهر النيل لا تصلح سكنا شرعيا اذا تضررت الزوجة بالسكنى فيها^(٥) .

وبأنه ترفض دعوى الطاعة متى ثبت بيع ما بالمسكن من منقولات ^(٦) .

وحكم بأنه لا يشترط في شرعية المسكن وجود أدوات بعينها ، بل يجب أن تكون كالنفقة والكسوة يتبع فيها حال الزوج وبيئة الطرفين ، فليست جزءا

(١) مصر الابتدائية الشرعية ، ١٩٣١/١١/٣٠ ، المحاماة الشرعية ، س / ٣ ع ٨ ص ٧٥٣ رقم ٢٣٠ .

(٢) بوسعيد الشرعية ، ١٩٣٣/٣/٨ ، المحاماة الشرعية ، س / ٤ رقم ١٥٥ ص ٤٧٤ . وقد تأيد استئنافيا .

(٣) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٢/٦/١٥ ، المحاماة الشرعية ، س / ٤ ص ٨٤٨ رقم ٢٢٩ .

(٤) مصر الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٥/٢/٦ ، المحاماة الشرعية ، س / ٦ ع / ٩ ص ١٠ ، رقم ٩٤٥ رقم ٢٥٨ .

(٥) الجمالية الشرعية ، ١٩٢٩/٤/١٠ ، المحاماة الشرعية ، س / ١ ع ١ ص ٣١ رقم ٩ .

(٦) مصر الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٢/٦/٢٠ ، المحاماة الشرعية ، س / ٤ ص ٧٤٩ رقم ٢٣٠ .

(م ١٠ - الأحوال الشخصية)

من مفهوم المسكن ولا شرطا في صحته . وبأن الدفع في جلسة المعارضة بخلو المسكن من الأدوات ، ارتكانا على محضر حجز توقع بعد الحكم بالطاعة ، لا يطمعن في هذا الحكم ، فلا يصح سماعه ، ولا التعويل على محضره (١) .

وحكم بأنه لا صحة للقول بأن وقف التنفيذ لاشتراك مرافق المسكن لا يصادف قولاً في المذهب (٢) .

وبأن اختيار الزوج للطاعة مسكناً (غير الذى كانت تعاشره فيه الزوجة) غير لائق بحالهما دليل على قصد المضارة بالزوجة يتعين معه رفض دعوى الطاعة (٣) .

(١) شبراخيت الشرعية ، ١٩٣٢/٥/٣١ ، المحاماة الشرعية ، س / ٤ ص ٤٥٦ رقم ١٤٥ .

ومما جاء في هذا الحكم قوله : (الفقهاء لم يجعلوا الأدوات جزءاً من مفهوم المسكن الشرعى ولا شرطا في صحته ، ولا في وجوده وتحققه ، بل جعلوا الأدوات التى تلزم في المسكن بعضها يرجع الى نفقة الطعام ، وبعضها يرجع الى الكسوة ، وجعلوها في الاعتبار كالنفقة والكسوة تقدر بقدر حال الزوجين ويثبتهما - ويعلم ذلك من كلامهم على المسكن الشرعى وتعريفه : جاء في التنوير وشرحه في باب النفقة : (وكذا تجب لها السكنى في بيت خال من أهلها وأهلها بقدر حالهما - وبيت منفرد دار له غلق كفاهها . وفي الخيرية في باب النفقة أيضا جواباً عن سؤال ما هو المسكن الشرعى) : المسكن الواجب عليه شرعا على الصحيح في بيت له مرافق وغلق على حدة ، فلا بدله من بيت خلاء ومطبخ ، ويشترط ألا يكون في الدار أحد من أحماؤها يؤذيها) كما صرح به في الخانية (ويكون بين جيران صالحين ، ويشترط أن يكون مأمونا عليها فيه) . ومثله في الفتح والزيلعى وتنقيح الحامدية في باب النفقة) .

(٢) محكمة السويس الشرعية ، ١٩٣٠/١١/٨ ، المحاماة الشرعية ، س / ٩ ع ٦ ص ٥٣٧ رقم ١٠٦ .

وفي الحكم قوله : (نصوص المتون على أن الزوج لو أعد لزوجه بيتاً من دار له غلق يكفيها . وقد علق بعض الشروح على ذلك بأن مفاده لزوم كنيف ومطبخ مشتركين كمن يسكنون الربوع والأحواش فالقول بعلم مصادفة الحكم المذكور قولاً في المذهب غير صحيح) .

(٣) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٥/٢/١٤ ، المحاماة الشرعية ، س / ١٧ ع ١ ، ٢ ، ٣ ، ص ١٨٤ رقم ٤٨ .

٢٠١٤٧٠٢

وبأن دلالة محضر الحجز على نقص بعض أدوات مسكن الطاعة الضرورية كافية في عدم شرعيته ورفض دعوى الطاعة (١) .

وبأنه لا يكون المسكن شرعياً بعدم كفاية أدواته للمعيشة الزوجية (٢) .

وبأن الحجز على أدوات المسكن لا يخرج عن شرعيته مادامت فيه الأدوات الكافية (٣) .

وبأن الحجز على أدوات مسكن الطاعة وتعيين أخ الزوج حارساً عليها لا يمنع من شرعيته .

وبأن الحجز على أدوات المسكن وتعيين حارس أجنبي عليها مانع من الحكم بالطاعة (٤) .

وبأن محضر الحجز السابق التاريخ على صدور حكم الطاعة لا يصلح دليلاً على عدم شرعية المسكن (٥) .

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٥/٢/١٤ ، المحاماة الشرعية ، س / ١٤٧ ، ٢ ، ٣ ص ١٨٣ رقم ٤٧ .

(٢) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٥/٣/٢٨ ، المحاماة الشرعية ، س / ١٤٧ ، ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٤٥٤ رقم ١١٥ .

(٣) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٨/٥/٢٦ ، المحاماة الشرعية ، س / ١٤٩ ، ٦ ص ٥٣٣ رقم ١٠٥ .

(٤) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٥/٥/٢٩ ، المحاماة الشرعية ، س / ١٤٨ ، ١ ، ٢ ، ٣ ، ص ١٨٠ رقم ٥٧ .

(٥) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٦/٣/١٩ ، المحاماة الشرعية ، س / ١٤٨ ، ١ ، ٢ ، ٣ ، ص ١٧٦ رقم ٥٥ .

وبأن نقص أدوات المسكن وعدم صلاحية الموجود منها للاستعمال مانع من الحكم بالطاعة لعدم الشرعية له (١) .

وبأنه تزول شرعية مسكن الطاعة بثبوت عدم كفاية أدواته للمعيشة الزوجية وعدم عودتها اليه بعد سبق اخراجها منه (٢) .

وبأن حجز الزوجة على أدوات مسكن الطاعة وتعيين الزوج حارسا عليها لا يمنع من شرعيته ما بقيت الأدوات فيه ، كما أنها بالحجز على ما بالمسكن من ضرورى الأدوات تعتبر مخالفة للشرع والقانون فلا يحاسب الزوج على هذا للمانع الذى جاء من قبلها بقصد ازالة شرعية المسكن وتعامل هى برد قصدها عليها (٣) .

وحكم مع ما ذكر بأنه لا يؤثر على شرعية المسكن حجز أدواته وتعيين أجنبى حارسا عليها ولا يكون الزوج غير مأمون على زوجته بغصبه جهازها (٤) .

كما حكم بأن دلالة محضر الحجز على تجرد المسكن من الأدوات مانعة من الحكم بالطاعة في هذا المسكن (٥) .

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٥/٥/٣٠ ، المحاماة الشرعية، س/٨ ع ١ ، ٢ ، ٣ ، ص ١٩٣ رقم ٦٣ .

(٢) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣٥/٤/٨ ، المحاماة الشرعية، س / ٧ ع ٩ ، ١٠ ، ص ٨١٠ رقم ٢١٢ .

(٣) محكمة كرموز الشرعية ١٩٣٤/٥/١٢ المحاماة الشرعية س / ٧ ع ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٤٧٨ رقم ١٢٦ . وقد تأيد هذا الحكم في الاستئناف .

(٤) محكمة ملوى الشرعية ١٩٣٣/١١/ ٢٨ المحاماة الشرعية س / ٦ ع ٧ ، ٨ ، ص ٧٦٦ رقم ٢١٠ - تأيد في الاستئناف .

(٥) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٢/٦/٦ المحاماة الشرعية س / ٥ ع ١ ، ٢ ص ١٣٤ رقم ٤٨ .

وبأن محضر الحجز من الأوراق الرسمية التي لها حجيتها على الكافة فيما اشتملت عليه ، فتمت ثبت بمحضر الحجز المتوقع على مسكن الطاعة خلوه من الأدوات كان ذلك مانعا من الطاعة(١) .

وحكم بأنه لا يصح الحكم بالطاعة اذا كان قد حجز على أدوات المسكن وعين عليها حارس بناء على طلب المدعى عليها (الزوجة) تنفيذاً للحكم الصادر بنفقتها(١) .

وبأن عدم كفايه أدوات المسكن بحسب اعرف لا تعتبر معه الزوجة ناشزاً(٢) .

وبأن الحجز على أدوات المسكن الشرعى وعدم تمكن الزوجة من دخوله بسبب الحجز يكون عذراً مقبولاً ولا يعتبر عدم وجودها في المسكن حينئذ نشوزاً نسقط به نفقتها ولو كان الحجز منها هي(٣) .

وبأن ما يذكر بمحاضر الحجز على مسكن الطاعة من المنقولات حجة في دفع دعوى الطاعة متى دلت على عدم وجود ما يكفي(٤) .

وحكم بأنه لا تدفع شرعية المسكن بحجز منقولاته ولو تعينت ضرة المحكوم عليها حارساً على المنقولات(٥) .

-
- (١) محكمة فاقوس الشرعية ١٠/١/١٩٣٣ المحاماة الشرعية س / ٥ ع ٣ ، ٤ ، ص ٣٦٩ رقم ١١٠ لم يستأنف وصار نهائياً .
- (٢) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ٢٤/٢/١٩٣٢ المحاماة الشرعية س / ٥ ع ٩ ، ١٠ ص ٨٦٢ رقم ٢٦٩ .
- (٣) أسيوط الابتدائية الشرعية ٢١/١/١٩٣٤ المحاماة الشرعية س / ٥ ع ٧ ، ٨ ص ٧٤٤ رقم ١٩٨ .
- (٤) كرموز الشرعية ١٠/١٢/١٩٢٩ المحاماة الشرعية س / ١ ع ٨ ص ٧٢٠ رقم ١٩٦ .
- (٥) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١١/١١/١٩٢٨ المحاماة الشرعية س / ١ ع ٥ ص ٤١٤ رقم ١١٥ .
- (٦) محكمة السنبلاوين الشرعية ١٣/٢/١٩٣٤ المحاماة الشرعية س / ٦ ع ٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧٧١ رقم ٢١٤ - تأيد في الاستئناف .

وحكم بأن خلو مسكن الطاعة من الأدوات بتقرير المحضر الذى قام بالحجز عليها واعتراف الزوج بأنه هربها منه خشية الحجز عليها يقتضي وقف تنفيذ حكم الطاعة حتى تعود للمسكن شرعيته (١) .

وحكم أيضا بأنه لا تعود للمسكن شرعيته بعد ثبوت زوالها بمحضر الحجز الدال على خلوه من الأدوات بمجرد دلالة محضر آخر في تاريخ لاحق له على كفاية أدواته لأنه متى قام الدليل على زوال شرعية المسكن لا تعود الا بحكم كما لا يصلح المحضر الأخير دليلا على صحة حكم الطاعة المستأنف ووجوب تأييده .

وحكم بأن العبرة في السكنى بحال الزوج يسارا واعسارا (٢) وأن أدوات مسكن الطاعة تقرر بحسب حال الزوج يسارا واعسارا كالطعام والكسوة لأن السكن من النفقة ومسكن الغنى ليس كمسكن الفقير أو متوسط الحال (٣) وبهذا الحكم كذلك أن محضر الحجز لا يكون حجة في خلو المسكن من الأدوات اذا لم ينص فيه على أن المحجوز عليه من الأدوات هو كل أدوات المسكن لجواز أن تكون بالمسكن أدوات مناسبة لم يشملها الحجز ويكون بها المسكن شرعيا .

وحكم بأن ماثبت بمحضر الحجز من بيع أدوات مسكن الطاعة لا يخرجها عن شرعيته اذا كانت المشتري قد صرحت للزوجين باستعمالها كما لا يصلح محضر الحجز حجة على شغل المسكن بسكن الغير (٤) .

(١) كوم حمادة الشرعية ١٩٣٢/٦/٣٠ المحاماة الشرعية س / ٦ ع ٨، ٧، ٦ ص ٧٤٨ رقم ٢٠١ . الحكم نهائى بطبيعته .

(٢) محكمة المنيا الشرعية ١٩٣٥/١٠/٢٩ المحاماة الشرعية س / ٧ ع ٨، ٧ ص ٦٩٥ رقم ١٧٩ . تأيد في الاستئناف . وفى هذا الحكم كذلك : يكتفى بتجديد اصلاح المنزل عن اعادة تشييده مادام قد أصبح صالحا للسكنى ولائقا بعد التجديد .

(٣) محكمة شبراخيت الشرعية ١٩٣٣/١/٣ المحاماة الشرعية س ٦ ع ٣، ٢، ١ ص ١٥٣ رقم ٤٣ . تأيد في الاستئناف .

(٤) الزقازيق الابتدائية الشرعية المحاماة الشرعية س/٦ ع ٣، ٢، ١ ص ٥١٣ رقم ٤٣ .

وحكم بأن الحجز على ادوات المسكن وتعيين حارس عليها مانع من استعمالها فلا يصح الحكم بالطاعة فيه (١) .

وحكم بأنه اذا دفعت الزوجة حكم الطاعة الصادر عليها غيابيا بخلو المسكن من الادوات متمسكة بمحضر محرر بمعرفة أحد المحضرين دليلا على ذلك ثم تنازلت عن الدفع حتى رفضت المعارضة فهذا لا يمنع من دفعها به تارة أخرى في الاستئناف ولا يؤثر على استدلالها عليه بذلك المحضر لان الدعوى تعود بالاستئناف الى ما كانت عليه قبل الحكم (٢) .

١٤٣ - ومما يشترط لصلاحية المسكن للطاعة كما سبق القول ليكون شرعيا أن يكون خاليا من سكن الغير وأن يكون بين جيران صالحين .

وقد حكم بالتطبيق لذلك بأن المسكن الذى لاجيران له مسكن غير شرعى ولا تجبر الزوجة على طاعة زوجها فيه . ومما جاء في هذا الحكم ان التشريع الاسلامى يتطلب خلو منزل الطاعة من سكنى أهلها وأهله رعاية لهما في العشرة وكما لها ، وعناية بالمرأة حتى تكون في مأمن على نفسها ومالها ، فلو أراد اسكانها مع ضررتها أو مع أحمائها كأمه واخته وبنته وأبت عليه ذلك أجبر على اسكانها في منزل على حدته لأن إباءها دليل الأذى بهم والتضرر منهم .

وشرط الفقهاء أن يكون بين جيران صالحين وأقوالم خيرين حتى لا تأخذ الزوجة فيه وحشة ، فقال صاحب البحر : للزوج ان يسكنها حيث أحب ولكن بين جيران صالحين . وفي ابن عابدين : علم من كلامهم أن البيت الذى ليس له جيران ليس بمسكن شرعى . ومثله الزيلعى (٣) .

(١) محكمة بلبيس الشرعية ١٥/٥/١٩٣٣ المحاماة الشرعية س/٥ ع ١ ، ٢ ص ١٦٧ رقم ٦٢ . استؤنف وتأيد .
 (٢) محكمة الزقازيق الابتدائية الشرعية ١/١١/١٩٣١ المحاماة الشرعية س/ ٣ ع ٣ ص ٢٥٨ رقم ٥٩ .
 (٣) محكمة الأقصر الشرعية ١٣/١٢/١٩٣٤ المحاماة الشرعية س/ ٦ ع ٦ ، ٧ ، ٨ ص ٨٠٧ رقم ٢٣٩٠ . صار نهائيا .

وحكم بأنه يمتنع الحكم بالطاعة في مسكن له جار واحد وكانت منقولاته قد نقلت منه^(١) .

وبأنه لا يمنع من شرعية المسكن كونه بين جارين فقط يغيبان أكثر النهار خارج منزلهما^(٢) .

وبأنه لا يلزم لشرعية مسكن الطاعة أن يكون جيرانه سكانا في نفس المنزل الذي فيه المسكن^(٣) .

وحكم بأنه يمنع التعرض بتنفيذ حكم الطاعة اذا دلت محاضر الحُجُوز على شغل المسكن بالكبار من أولاد الزوج^(٤) .

وبأن استحضار والد الزوج مفتاح مسكن الطاعة للمنفذ لا ينهض دليلا على سكنها فيه^(٥) .

١٤٤ - وما اثر النقلة في طلب الطاعة :

حكم بأن الموظف مضطر بحكم وظيفته الى تغيير المسكن فاذا حكم له بالطاعة في منزله فان هذا لا يمنعه عند انتقاله بحكم وظيفته الى بلد آخر من طلب الحكم بالطاعة في منزل هياه لزوجته فيه^(٦) .

-
- (١) محكمة الزقازيق الابتدائية الشرعية ١٩٣٤/١٠/٢٠ المحاماة الشرعية س / ٦ ع ١ ، ٢ ص ١٢٥ رقم ٢٧ . وقد جاء به أيضا أن استيفاء المسكن أدواته الشرعية بعد الحكم بالطاعة يجعل الحكم بها غير صحيح .
- (٢) محكمة أسيوط الجزئية الشرعية ١٩٣٣/٥/٢ المحاماة الشرعية س/ ٥ ع ٥ ، ٦ ص ٥٧٧ رقم ١٥٨ . تأيد استئنافا .
- (٣) محكمة السيدة الشرعية ١٩٣١/١٢/٢٣ المحاماة الشرعية س / ٥ ع ٩ ، ١٠ ص ٨٩٥ رقم ٢٤٠ . تأيد استئنافا .
- (٤) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٢/١/٢٨ المحاماة الشرعية س / ٤ ص ٥٦ رقم ١٤ .
- (٥) محكمة أسيوط الجزئية الشرعية ١٩٣٣/٥/٢ المحاماة الشرعية س / ٥ ع ٥ ، ٦ ص ٥٧٧ رقم ١٥٨ . تأيد استئنافا .
- (٦) محكمة أسيوط الجزئية الشرعية ١٩٣٣/٥/٢ المحاماة الشرعية س / ٥ ع ٥ ، ٦ ص ٥٧٧ رقم ١٥٨ . تأيد استئنافا .

وبأن للقاضي أن يتصرف برأيه في طلب الزوج طاعة زوجته له في بلد آخر غير بلدها الذي عقد عليها فيه والذي هو مقر عشيرتها فان رأى فيه ما يرجح قصد المعاشرة أجابه الى طلب الطاعة ، والا فلا ، كأن يكون قصد الكيد^(١) .

وبأنه اذا أقر الزوج بأن لا حق له في نقل زوجته من جهة معينة الى جهة أخرى صح هذا الاقرار ويؤخذ به شرعا فلا تسمع منه دعوى نقلها من تلك الجهة^(٢) .

وحكم أيضا بأن الزوج ، وهو من أهل الحرف لو اتخذ مسكنا للطاعة في غير بلده الذي ولد ونشأ فيه وبأشر حرفته به وعاشر زوجته فيه زمنا طويلا ولم يذكر سببا معقولا يبرر انتقاله الى ذلك البلد الجديد لايجب الى طلب الطاعة لما في ذلك من الدلالة على أنه انما قصد الاضرار بالزوجة^(٣) .

١٤٥ - ويجب لكى يجاب الزوج لطلب الطاعة الا يكون بقصد المضارة ، ومن هذا القبيل :

ما حكم به بأنه لا يجاب طلب الحكم على الزوجة المريضة فاقدة الارادة المحجور عليها بالطاعة لأنه في هذه الحالة يكون القصد منه المضارة^(٤) .

وما حكم به من أنه لا يحكم على الزوجة بالطاعة متى ثبت أنها وزوجها مصابان بمرض معد لما يترتب على ذلك من نتائج خطيرة وآثار سيئة في حياتهما

-
- (١) محكمة بنى سويف الشرعية ١٣/٣/١٩٣٥ المحاماة الشرعية س / ٩ ع ١٠ ، ص ٩٩١ رقم ٢٨١ صار نهائيا .
 (٢) محكمة الجمالية الشرعية ١٢/٤/١٩٣٣ المحاماة الشرعية س / ٥ ع ٢٠١ ، ص ١٦٤ رقم ٦١ . تأيد استئنافيا .
 (٣) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٠/٣/١٩٣٨ المحاماة الشرعية س / ٩ ع ٧ ، ص ٦٢٥ رقم ١٢٤ .
 (٤) محكمة امبابية الشرعية ٨/٣/١٩٣٤ المحاماة الشرعية س / ٦ ع ٤ ، ٤ ، ٥ ص ٤٢٨ رقم ١٢٧ - تأيد استئنافيا .

وفي النسل وفي المجتمع ولأن الشريعة الإسلامية لا تبيح هذا الضرر. ولا تقدر بل توجب العمل على تلافي أسبابه وزوال مقتضياته اذ النكاح لم يشرع الا ليكون وسيلة لمعاشرة صالحة قوامها الرحمة والمودة ومفضيا الى نسل صالح للبقاء ونافع للمجتمع في غير ماضر ولاضرار (١) .

وما حكم به من أن دفع دعوى الطاعة بعيب في الزوج وبإضراره بالزوجة غير مؤثر فيها ومادامت المدعى عليها لم ترتب على ذلك طلب التفريق . فاذا طلبت التفريق كان رضاؤها بالعيب وعجزها عن اثبات الضرر مانعها من اجابتها (٢) .

١٤٦ - وعن أثر ارضاع الزوجة لطفل الغير على حق الزوج في الاستمتاع :

حكم بأن استنجار المرضع المتزوجة لارضاع طفل الغير لا يؤثر على حق الزوج في الاستمتاع بزوجه في غير منزل المستاجر وأن رضي الزوج بالايجار وتعهده بعدم التعرض لها فيه لعدم التعارض بين الحقيقتين (٣) .

المطلب الثالث

حقوق الزوجة على زوجها

١٤٧ - من هذه الحقوق :

(١) العدل : يجب على الزوج ان يعدل بين زوجاته اذا كان معددا . والعدل المقصود هنا هو العدل فيما يمكن التسوية فيه وهو العدل في المبيت

(١) محكمة الضواحي الشرعية ١٦/٣/١٩٣٨ المحاماة الشرعية س / ٩ ع ١٠ ص ٩٢٩ رقم ١٩١ . وقد تأيد هذا الحكم في الاستئناف . وقد كان مرض الزوجين هو الزهري .

(٢) محكمة الجمالية الشرعية ١/١٠/١٩٣٣ المحاماة الشرعية س / ٥ ع ٨٠٧ ص ٧٧٣ رقم ٢١٠ .

(٣) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٣/٣/١٩٣٨ المحاماة الشرعية س / ٩ ع ٥ ص ٤٣٦-٨٧ . ومعنى هذا الحكم ان للزوج طلب الطاعة في مسكن معين غير مكان الارضاع .

والعدل في النفقة والعدل في المعاملة . اما العدل في ميل القلب فهو امر غير مستطاع ولذلك لا تناط به الاحكام . يدل على ذلك ما روته عائشة رضي الله عنها من قولها : كان الرسول ﷺ يقسم بين زوجاته فيعدل ويقول : « اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تلمني فيما تملك ولا املك » . والمقصود بذلك المحبة وميل القلب .

ويدل على وجوب العدل بين الزوجات عند التعدد قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، فان خفتن الا تعدلوا فواحدة » (١) . فيجب على من يريد التعدد العدل بين الزوجات فان خاف الجور لزمه ان يقتصر على واحدة وجمهور المفسرين على ان المقصود بالعدل في هذه الآية هو العدل في القسم والنفقة . فقد قال القرطبي : انها منعت من الزيادة التي تؤدي الى ترك العدل في القسم وحسن العشرة . وقال الجصاص : ان العدل المقصود هنا هو العدل الظاهر في القسم بين الزوجات والمساواة في الانفاق والمساواة في المعاملة الظاهرة وليس هو العدل في المحبة الباطنة لان هذا امر غير مستطاع والله تعالى يقول : « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » . ولا يوجد تعارض بين هذه الآية وآية : « ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة » ، يدل على ذلك حديث عائشة رضي الله عنها المار . والقرطبي يقول فيها : ان ذلك ميل الطبع في المحبة والجماع والحظ من القلب ، فالبشر بحكم الخلقة لا يملكون ميل قلوبهم الى بعض دون بعض . وعلى ذلك فالعدل المقصود في الآية الأولى غيره في الثانية (٢) .

ويلاحظ انه لا حق للزوجات في القسم حال السفر فالزوج له ان يختار منهن لتكون معه اثناء من شاء واذا قدم لا يلتزم بالمبيت عند غيرها مثل المدة التي كانت تصاحبه فيها في السفر ، ولكن الأفضل مع ذلك الاقراع بينهما .

(١) سورة النساء آية رقم ٣ .

(٢) القرطبي : جزء ٥ / ص ٢٠ ب ٢٢ ، ٤٠٧ ، ٤٠٨ - الزمخشري

جزء ١ / ص ١٤٣ ، ٣٥٩ - ٣٦١ ب : معاني القرآن للفراء جزء ١ / ص ٢٥٣ ب

٢٥٥ . وقد نصت المادة ٧٤ من قانون حقوق العائلة على أن الرجل

١٤٨ - ٢ - المهر .

٣ - النفقة .

ولما كان لكل من هذين الحقين احكام تفصيلية وخطر في العمل
فستكلم عنهما في مبحثين متتاليين :

=مجبور على اجراء العدالة والمساواة بين زوجاته المتعددات « وهذا النص
قنن الفقه في هذا الواجب تقنيننا صحيحا ، فجعل الزوج ملزما اذا عدد الزوجات
ان يعدل ويسوى بين زوجاته . ومعنى هذا ان المقصود هنا هو العدالة في
القسم والمبيت والانفاق لان هذا هو الممكن ، ولا يمكن القول ان المقصود ايضا
هو العدل في ميل القلب فهذا امر مستحيل وهو مستبعد في القانون لانه اباح
الجمع بين أكثر من واحدة .

المبحث الثالث

المهر

المطلب الأول

تعريفه ووجوبه

١٤٩ - المهر شرعا هو المال الذي يجب على الزوج لزوجته بسبب عقد الزواج الصحيح أو بسبب الدخول في الزواج الفاسد .

والمهر له أسماء أخرى منها : النحلة والصدّاق والعقر والعطية والأجرة .

١٥٠ - وهو يجب شرعا على انه هدية وعطية لازمة على الزوج لزوجته وليس عوضا عن ملكه الاستمتاع بها . وفي هذا اظهار لشرف هذا العقد وخطره ولذلك سماه القرآن الكريم نحلة ، اي عطاء في قوله تعالى : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » (١) . ولو لم يكن المهر كذلك وكان بدلا كالثمن والأجرة لوجب ان يسمى في العقد مع ان النكاح يصح من غير ذكر المهر بل مع نفيه .

١٥١ - وهو واجب من الزوج للزوجة وليس من الزوجة للزوج : والذي يدل على وجوب المهر على الزوج القرآن ، ومن ذلك قوله تعالى : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » .

ويدل على ذلك ايضا الاجماع فقد انعقد اجماع المسلمين سلفا وخلفا من لدن النبي ﷺ حتى يومنا هذا على ان المهر انما يجب على الزوج لزوجته .

ويدل على ما تقدم ايضا المعقول لان التكاليف المالية طبقا للنظام الطبيعى تكون على عاتق الزوج وعلى المرأة شئون البيت فكانت تكاليف الزواج المالية عليه . والمرأة وهى منتقلة لمنزل الزوجية تحتاج لثياب وغيرها من حاجيات يساعد المهر على اعدادها وليس ذلك فقط فقد جرى العرف على ان تعد المرأة اثاث البيت فالمهر يسهم في تكاليف الاثاث . كما ان المهر يجعل الزوج متمسكا بالحياة الزوجية مفكرا دوما في الإبقاء عليها مبتعدا ما يسعه الجهد عن هدمها لكى يوفر على نفسه ما يكون في ذمته من مهر لزوجته فضلا عما قدمه لها وموفرا على نفسه ايضا ما قد يدفع من مهر جديد لمن قد يتزوجها بعد طلاق زوجته . والمهر فيه تكريم للمرأة فضلا عما تقدم وبالجملته فهو يساعد على تحقيق مقاصد الزواج واستدامته (١) .

٢٥٢ - والمهر حكم من احكام عقد الزواج وليس شرطا من شروطه وبناء على ذلك يصح عقد الزواج بدون ذكر المهر لان النكاح عقد انضمام والزوج لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجبه شرعا . اظهرا لشرف المحل وعلى ذلك فلا يحتاج إلى ذكره لصحة النكاح . وليس ذلك فقط بل أن الزواج يصبح اذا شرط الا مهر لها ويبطل الشرط ويكون لها مهر مثلها . وبذلك صحة الزواج بدون ذكر المهر قوله تعالى : « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن » (٢) وفي هذه الآية

(١) « يلاحظ انه يترتب على كون المهر حقا للمرأة . باعتباره اثرا من آثار عقد الزواج الصحيح ان من حقا اسقاطه وإبراء الزوج منه ان كان دينا لم يقبضه ولها كذلك ان تهبه اياه ان كانت قد قبضته . وعند تسمية المهر في العقد لا يكون حقا لها وحدها ، بل ان الاولياء العصبية لهم الاعتراض عند أبى حنيفة اذا كان المهر دون مهر المثل ويفسخ العقد لهذا الاعتراض اذا لم يكن المهر لمرءى المثل . ولكن يلاحظ ان الذى من حق الاولياء هنا ليس هو المهر ذاته بل حقهم في ان يكون المهر مساويا لمهر المثل أو دونه بغير يسير .

(٢) سورة البقرة آية رقم ٢٣٦ .

بحكم بصحة الطلاق مع عدم تسمية المهر والطلاق لا يكون الا في النكاح الصحيح.
تحتكر التسمية لا يمنع صحة النكاح ، ويدل عليه ايضا ما روى عن علقمة عن
عبد الله بن مسعود ان رجلا كان يختلف اليه شهرا يسأله عن امرأة
مات عنها زوجها ولم يكن فرض لها مهرا وكان يتردد في الجواب فلما تم الشهر
قال للسائل : اجتهد برأى فان اصبحت فمن الله وان اخطأت فمنى ومن
الشیطان : ارى ان لها مثل تسائها لاوكس ولا شطط . فقام رجل يقال له
معقل بن سنان وقال : انى اشهد ان الرسول ﷺ قضي في بروغ بنت
واشق الاشجعية مثل قضائك هذا . ثم قام اناس من اشجع وقالوا : انا نشهد
بمثل شهادته . ففرح عبد الله بن مسعود فرحا لم يفرح مثله في الاسلام
لموافقة قضائه قضاء رسول ﷺ .

١٥٣ - سبب وجوب المهر :

سبب وجوب المهر قد يكون العقد وذلك في الزواج الصحيح . فوجوب
المهر هنا سببه هو ذات عقد الزواج . وقد يكون سبب وجوبه هو الدخول
لا العقد وذلك يكون في الزواج الفاسد . واصل ذلك ان المهر من احكام
النكاح والنكاح الفاسد لا تترتب عليه بذاته احكام لان الشارع لا يعترف
بوجوده ، فلا يترتب عليه تبعا المهر . ولكن اذا حصل في الزواج الفاسد
دخول مع وجود الشبهة التي تسقط الحد فان هذا الدخول تستحق به
المرأة المهر لان الوطء في الاسلام لا يخلو من حد أو مهر ، فما دام ان
الحد سقط بالشبهة فان المهر يجب (١) .

(١) وكون سبب وجوب المهر هو العقد الصحيح أو الدخول في العقد
الفاسد هو ما عليه القانون اللبناني ، فقد نصت المادة ٦٩ من قانون حقوق
العائلة على انه : « يلزم مهر الزوجة على الزوج عند تمام عقد
النكاح الصحيح » .

ونصت المادة ٧٥ من القانون المذكور على ان : « النكاح الباطل مطلقا
سواء حصلت المقاربة أم لا والنكاح الفاسد اذا لم تحصل فيه المقاربة » .

١٥٤ - وقد حكم بأن نكاح المطلق مطلقة طلاقا مكملًا للثلاث نكاح باطل . وبأن الوطء في النكاح الباطل مع العلم بالحرمة محض زنى . ويجب فيه الحد ولا يترتب عليه مهر مطلقا (١) .

المطلب الثاني

مقدار المهر

١٥٥ - ليس في الحد الأعلى للمهر نص من كتاب ولا سنة ، لذلك فليس هناك خلاف بين الفقهاء في أن المهر لا يتقيد بحد أعلى . ولكن مع ذلك يحسن شرعا عدم التغالي في المهور لما يجره ذلك من المفاسد الاجتماعية بسبب الاحجام عن الزواج وقد روت عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قوله : « أن اعظم النكاح بركة يسره مؤونة » .

أما الحد الأدنى للمهر فقد حصل فيه الخلاف : فالحنفية يجعلون الحد الأدنى له عشرة دراهم أو ما قيمته عشرة دراهم . وسندهم في ذلك قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » ففي الآية أن المهر مال والأقل من العشرة دراهم لا يعد مالا . كما روى عن جابر أن الرسول ﷺ قال : « لا مهر دون عشرة دراهم » . وهذا الحديث وإن كان ضعيفا ففي صحة الاستدلال به كلام إلا أنه تقوى بما روى عن عمر وعلى وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم أنهم قالوا : لا يكون المهر أقل من عشرة دراهم . والظاهر أنهم قالوا ذلك توقيفا فهذا باب لا يدرك بالاجتهاد والقياس

= لا يفيدان الحكم أصلا وعليه لا تثبت بينهما أحكام النكاح الصحيح كالنفقة والمهر

ونصت المادة ٧٦ على أنه : « إذا حصلت المقاربة في النكاح الفاسد يلزم بها المهر » .

(١) محكمة الاسماعيلية الشرعية في ١٩٣٧/٨/٢٤ المحاماة الشرعية س/٨ ع ٧، ٨، ٩، ١٠ ص ٣١٦ رقم ٧٥ .

وانما يدرك بالسمع من النبي ﷺ فيكون في حكم الحديث . . . فضلا عن ذلك فانه لخطر البضع وصيانة له عن شبهة الابتذال يجب ان يكون المهر مالا له خطر في الشرع كما في نصاب السرقة .

واما الاحاديث التي ورد فيها المهر باقل من عشرة دراهم فقد حملوها على ان المراد به ما عجل للمرأة فيها من المهر لان العادة كانت جارية على تعجيل بعض المهر قبل الدخول .

وهناك في الحد الأدنى اقوال اخرى منها قول مالك ان اقل المهر ربع دينار أو مقدار ثلاثة دراهم تأسيسا على أن عبد الرحمن بن عوف تزوج على وزن نواة من الذهب وهو يساوي ربع دينار . وقدر ابن شبرمة أقل المهر بخبيسة دراهم وقدره النخعي باربعين درهما وسعيد بن جبير بخمسين (١) .

(١) المغني ج / ٨ ص ٤ ، ٥ - بداية المجتهد ج / ٢ ص ١٤ ، ١٥ ، ١٦
ومما جاء فيه عن سبب الاختلاف في التقدير انه سببان : أولهما تردده بين أن يكون عوضا من الاعراض يعتبر فيه التراضي بالقليل كان أو بالكثير كالحال في البيوعات وبين ان يكون عبادة فيكون مؤقتا وذلك انه من جهة أنه يملك به على المرأة منافعتها على الدوام يشبه العوض ، ومن جهة أنه لا يجوز التراضي على إسقاطه يشبه العبادة والسبب الثاني معارضة هذا القياس فالمقتضي التحديد لمفهوم الأثر الذي لا يقتضي التحديد . اما القياس الذي يقتضي التحديد فهو أنه عبادة والعبادات مؤقتة . وأما الأثر الذي يقتضي مفهومه عدم التحديد فحديث سهل بن سعد الساعدي المتفق على صحته ومما فيه قول الرسول ﷺ (التمس ولو خاتما من حديد) وفي هذا دليل على انه لا قدر لأقل المهر . وهذا الاستدلال بين مع ان القياس الذي اعتمده القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته وذلك انه ابتنى على مقدمتين : احدهما ان الصداق عبادة والثانية ان العبادة مؤقتة . وفي كليهما نزاع للخصم ، وذلك أنه قد يلقي في الشرع من العبادات ماليست مؤقتة بل الواجب فيها هو أقل ما ينطلق عليه الاسم ، وايضا فانه ليس فيه شبه العبادات خاصة الى أن قال : ولما اتفق القائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا في ذلك بحسب اختلافهم في نصاب السرقة .

(م ١١ - الأحوال الشخصية)

وعند الشافعي وآخرين المهر غير مقدر يستوى فيه القليل والكثير فلا حد عنده لأقله . ومما استدلل به لرأيه أن كل ما يصدق عليه اسم المال يصلح مهرا لقوله تعالى : « أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » . وقول الرسول ﷺ : « التمس ولو خاتما من حديد » وهو دون العشرة دراهم جزما (١) .

(١) ممن قالوا أن المهر غير مقدر أحمد واسحق وابو ثور ، وبه قال أيضا : الحسن وعطاء وعمرو بن دينار وابن أبي ليلى والثوري والأوزاعي والليث وداود . قال بذلك أيضا ابن وهب من أصحاب مالك . ومن حججهم :

حديث سهل بن سعد الساعدي المتفق على صحته وفيه أن امرأة قالت للرسول ﷺ : يا رسول الله اني وهبت نفسي لك . فقامت قياما طويلا . فقام رجل فقال : يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة . فقال الرسول ﷺ : (هل معك من شيء تصدقها إياه) فقال : ما عندي إلا أزارى . فقال الرسول ﷺ : (أن أعطيتها إياه جلست لا أزار لك فالتمس شيئا) . فقال : لا أجد شيئا فقال الرسول ﷺ : (هل معك شيء من القرآن) قال : نعم سورة كذا وسورة كذا لسور سماها فقال الرسول ﷺ : (قد انكحتكها بما معك من القرآن) .

وقد قالوا أن في هذا الحديث دليلا على أنه لا قدر لأقل المهر لأنه لو كان له قدر لبينه إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، ويقتضي مفهوم هذا الحديث عدم تحديد أقل المهر (بداية المجتهد ج/٢ ص ١٤ ، ١٥ طبعة دار الفكر بيروت) .

وعن عامر بن ربيعة أن امرأة من بنى فزارة تزوجت على نعلين فقال الرسول (ص) (ارضيت من نفسك ومالك بنعلين) قالت : نعم فأجازه . أخرجه أبو داود والترمذي . وقال : حديث حسن صحيح .

وعن جابر أن الرسول (ص) قال (لو أن رجلا أعطى امرأة صداقا ملء يده طعاما كانت له حلالا) رواه الامام أحمد في المسند وآية : (وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين) فيدخل في النص القليل والكثير من كل ما يصدق عليه اسم المال ولأن المهر بدل منفعة فجاز ما تراضيا به عليه من المال كالأجرة .

(المغني ج / ٨ ص ٤ ، ٥ طبعة سنة ١٩٧٢ بدار الكتاب العربي بيروت - كشاف القناع ج/٥ ص ١٢٩ ، ومما فيه كذلك قوله : يستحب أن =

١٥٦ - ما يصح ان يسمى مهرا وما لا يصح :

يصلح ان يكون مهرا كل مال متقوم معلوم علما ليس فيه جهالة فاحشة متى بلغ عشرة دراهم او اكثر عند الحنفية او لم ينقص عن الحد الأدنى عند غير الحنفية . ويجوز كونه منقولا من النقود او غيرها ، كما يجوز كونه عقارا ويصح ان يكون المهر منفعة اذا كانت مما يستحق في مقابلة المال مثل ان يتزوجها على سكنى داره وركوب دابته او سيارته وزراعة ارضه ونحو ذلك من منافع الاعيان مدة معلومة ما دامت قيمة هذه المنفعة عشرة دراهم على الأقل . وانما صلحت المنفعة هنا مهرا لأن المنافع أموال أو التحقت بالأموال شرعا في سائر العقود وللحاجة والحاجة في النكاح متحققة . اما اذا لم تكن المنفعة مما يستحق في مقابلة المال فانها لا تصلح ان تكون مهرا ، ومن ذلك أن يتزوجها على طلاق امرأة أخرى او على العفو عن القصاص او على الا يتزوج عليها او لا يخرجها من بلدها . فان المذكور هنا مهرا ليس بمال فلا يصلح مهرا شرعا وان كانت فيه منفعة للزوجة . واذا كانت المنفعة المسماة مهرا هي تعليم القرآن أو علوم الدين فعند المتقدمين من الحنفية لا تصح التسمية لأن

= لا ينقص المهر عن عشرة دراهم خروجاً من خلاف من قدر أقله بذلك . وكان للنبي ﷺ أن يتزوج بلا مهر لأنه أولى بالمؤمنين من أنفسهم - وكذلك الروض المريع ج / ٢ ص ٢٨٠ الطبعة السابعة بالقاهرة سنة ١٣٩٢ هـ - بداية المجتهد ج / ٢ ص ١٤ ، ١٥) .

وردوا على القائلين بتحديد أقل المهر فقالوا : حديث المخالفين : (لا مهر دون عشرة دراهم) هو حديث ضعيف فهم يروونه عن ميسرة بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة عن عطاء عن جابر ، وميسرة ضعيف والحجاج بن أرطاة مدلس وعطاء لم يلق جابرا فلا يعارض حديث سهل بن سعد ولو كان هذا الحديث ثابتاً لكان رافعا لموضع الخلاف ولو كان ثابتاً فيحمل على مهر امرأة بعينها أو على الاستحباب (المغنى ج / ٨ ص ٤ ، ٥ بداية المجتهد ج / ٢ ص ١٥ ، ١٦) .

وقالوا : قياس المخالفين على نصاب السرقة قياس لا يصح فان النكاح استباحة الانتفاع بالجملة والقطع ائتلاف عضو دون استباحته وهو عقوبة وحد وهذا عوض بقياسه على الأعواض أولى (المغنى ج / ٥) .

منفعة تعليم القرآن وعلوم الدين لا تقابل بالمال ولكن عند متأخرى المذهب تصح التسمية لان الفتوى عندهم على جواز الاستنجار لتعليم القرآن والفقه فيجوز تسميته مهرا لان ما جاز اخذ الاجرة في مقابلته من المنافع جاز ان يسمى صداقا .

وكل ما ليس بمال لا يصلح ان يكون مهرا كما لو تزوج المسلم المسلمة على ميتة ، او دم لان الميتة والدم ليسا بمال في حق أحد وما ليس بمال لا يصلح مهرا . وكل ما ليس بمال متقوم في حق المسلم وان كان متقوما في ذاته فانه لا يصلح كذلك مهرا . ومثاله : الخمر والخنزير .

وكون المال معلوما علما تنتفى معه الجهالة وذلك بان يكون معيناً مشاراً اليه لأنه **بالإشارة تنتفى الجهالة** . اما ان لم يكن مشاراً اليه فان كان معلوم الجنس والنوع والقدر والصفة صحت التسمية لانتفاء الجهالة . وان كان المسمى معلوم الجنس والنوع مجهول الصفة والقدر كما لو تزوجها على فرس او جمل فان التسمية تصح ويكون لها الوسط . والزواج بالخيار ان شاء اعطاها الوسط وان شاء اعطاها قيمته وذلك عند الحنفية . ومثل ذلك ان يكون المهر معلوم الجنس والنوع والقدر مجهول الصفة ان كان مما يحتاج في تعيينه لبيان المقدار كأن يتزوجها على قنطار من القطن . اما اذا كان مجهول الجنس والنوع والقدر والصفة كأن يتزوجها على حيوان فان التسمية هنا لا تصح وكذلك اذا تزوجها على دار او ثوب لان الجهالة هنا فاحشة وتثير النزاع بين الطرفين . والجهالة اليسيرة لا تضر لان المكارمة تجرى في المهور وعلى ذلك فالجهالة اذا كانت يسيرة فانها لا تؤدي الى النزاع في المهر بخلاف البيع مثلا . وهذا هو مذهب ابي حنيفة ومالك واحمد . ولكن عند الشافعي لا تصح التسمية حتى في الجهالة غير الفاحشة وهي جهالة الوصف (١) .

(١) البدائع جزء ٢ / ص ٢٨٢ وما بعدها . بداية المجتهد ج/ ٢ ص ١٦ وما بعدها ، ومما جاء فيه قوله : كل ما جاز أن يملك وأن يكون عوضاً يصلح صداقا .

ويلاحظ ان المسمى اذا لم يكن يصلح مهرًا فان العقد صحيح رغم ذلك
 ما دام استجمع شرائطه ، ويكون الواجب في هذه الحالة هو مهر المثل .

٥٧ - تعجيل المهر وتأخيره :

المهر ليس شرطًا من شروط النكاح بل هو أثر من آثاره وعلى ذلك فلا
 يجب على الزوج ان يدفع لزوجته كل المهر ولا جزء منه عند العقد أو قبل

= واختلفوا في أماكن منها : النكاح بالاجارة .
 النكاح على الاجارة في المذهب فيه ثلاثة أقوال :
 قول بالاجارة وقول بالمنع وقول بالكراهة .

والمشهور عن مالك الكراهة ولذلك رأى فسحه قبل الدخول وأجازه من
 أصحابه أصبغ وسحنون وهو قول الشافعي ومنعه ابن القاسم وأبو حنيفة
 وسبب الاختلاف : هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتفاعه أم
 الأمر بالعكس :

فمن قال هو لازم أجازه لآية (انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على
 أن تأجرنى ثمانى حجج) ومن قال ليس بل لازم قال : لا يجوز النكاح بالاجارة .
 والسبب الثانى : هل يجوز أن يقاس النكاح في ذلك على الاجارة وذلك
 أن الاجارة هي مستثناة من بيوع الغرر المجهول ولذلك خالف فيها الأصم وابن
 علية . وذلك أن أصل التعامل انما هو على عين معروفة ثابتة في عين معروفة ثابته
 والاجارة هي عين ثابتة في مقابلتها حركات وأفعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها
 ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الاجرة على المستأجر .

وأما صفة الصداق فانهم اتفقوا على انعقاد النكاح على العوض المعين
 الموصوف أعنى المنضبط جنسه وقدره بالوصف .

واختلفوا في العوض غير الموصوف ولا المعين مثل أن يقول انكحتكها على
 عبد أو خادم من غير أن يصف ذلك وصفا يضبط قيمته :

فقال مالك وأبو حنيفة يجوز وقال الشافعي لا يجوز .

وإذا أوقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط مما سمي .
 وقال أبو حنيفة يجبر على القيمة .

وسبب اختلافهم هل يجرى النكاح في ذلك مجرى البيع من القصد في
 التشاح أو ليس يبلغ ذلك المبلغ بل القصد منه أكثر من ذلك المكارمة . فمن قال
 يجرى في التشاح مجرى البيع قال : كما لا يجوز البيع على شيء غير موصوف
 كذلك لا يجوز النكاح .

ومن قال ليس يجرى مجراه اذ المقصود منه انما هو المكارمة قال يجوز .

الدخول بل ان الامر مرده اتفاق الطرفين فقد يتفقان على تأجيله كله او بعضه لأجل معلوم كيوم أو شهر أو سنة ، وقد يتفقان على تأجيله كله أو بعضه لأجل غير معلوم كاقرب الاجلين : الطلاق او الموت . بل قد يتفقان على تقسيطه لآجال معينة . فاذا كان شيء من ذلك عمل باتفاقهما لان الاتفاق شريعة المتعاقدين وان لم يوجد اتفاق بشأن وقت الدفع فان المعتبر هنا عند ابي حنيفة واصحابه هو العرف ، فان كان المتعارف تعجيل كل المهر عجل وان كان المتعارف تعجيل جزء وتأجيل جزء عمل بمقتضي هذا العرف . واساس ذلك ان العرف يقوم مقام الشرط . وقال بعض الفقهاء انه اذا لم يكن هناك اتفاق على التعجيل أو التأجيل فالأصل هو التعجيل لأن المهر حكم للعقد وأحكام العقد لا تتراخى فوجب تعجيله بمجرد تمام عقد الزواج ما دام انه لم يوجد شرط في التعجيل يؤخر المهر .

المطلب الثالث

انواع المهر

١٥٨ - المهر قد يسمى في العقد ، وقد يكون مهر المثل وهو مهر امرأة تماثل الزوجة من اسرة ابيها كاختها وعمتها ، ولا اعتبار بمهر امها الا ان تكون من اسرة ابيها . ويشترط في مهر المثل تساوى الزوجة ومن تقاس عليها من اسرة ابيها وقت العقد في امور منها السن والجمال والعقل والعلم والادب والبركة والثبوبة وعدم الولد والبلد . فالمهر يختلف باختلاف هذه الامور ويكفى في التماثل ان يكون هناك تقارب بين المرأتين في هذه الصفات . واذا لم توجد امرأة من اسرة اب الزوجة تقاربها في هذه الصفات اعتبر المهر بمثل مهر امرأة من اسرة كاسرة ابيها منزلة ما دامت تقاربها في الصفات المذكورة . ويلاحظ انه يعتبر في مهر المثل حال الزوج نفسه فيكون مثل ازواج امثال الزوجة من اسرتها ، لان اختلاف حال الزوج له اعتبار في حط المهر أو زيادته .

١٥٩ - لمن يكون الحق في المهر :

يكون في المهر حال الابتداء حقوق ثلاثة : حق الله تعالى ، وحق الزوجة ، وحق اوليائها . اما حق الشرع فهو الا يقل عن عشرة دراهم أو قيمتها وذلك

عنه الحنفية الذين يجعلون للمهر حدا أدنى هو عشرة دراهم . وإما حق الزوجة وحق أوليائها فهو في الا يقل مهر الزوجة عن مهر مثلها .

وأما بعد الابتداء فإن الحق في المهر يكون للزوجة ليس غير لأن المهر وهو في ذمة الزوج حق لها لا يشاركها فيه احد وينبى على ذلك انها تتصرف فيه كيف شاءت بلا معقب عليها ما دامت بالغة رشيدة ، فلها ان تهبه للزوج وإذا لم تكن قبضته فلها ان تبرئه منه كأي حق آخر ولا يكون لاحد سلطان عليها في ذلك .

١٦٠ - ما يجب من أنواع المهر :

قد يكون الواجب من المهر هو المسمى في العقد وقد يكون الواجب هو الحد الأدنى للمهر وهو عشرة دراهم ، وقد يكون الواجب هو مهر المثل وقد يكون الواجب هو الاقل من المسمى ومهر المثل . وفيما يلي نتكلم في كل حالة من هذه الحالات .

١٦١ - وجوب المهر المسمى :

المهر المسمى يجب اذا سمي في العقد أو بعده تسمية صحيحة وكان مالا متقوما ليست به جهالة فاحشة ، وكان عشرة دراهم فما فوقها عند الحنفية ، أو بلغ النصاب المقرر عند غيرهم كما مر ذكره ، ويستوى أيضا ان يكون منقولا أو عقارا أو منفعة كما ذكرنا .

وإذا زوجت الكبيرة البالغة نفسها من كفاء وكان المهر أقل من مهر مثلها ولم يرض بذلك الولي العاصب فإن له طلب اكمال المهر لمهر المثل أو يفسح النكاح .

١٦٢ - وقد حكم بأن دعوى طلب المسمى من المهر تندفع بأنه أقل منه في السر (١) . وعلى هذا فإذا سمي مهر في العقد ، وادعى الزوج بأن حقيقة

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ، ١١/٤/١٩٣٢ ، المحاماة الشرعية ،

المهر أقل من المسمى فإن المحكمة تحقق الأمر ، وتعتمد فيما يتعلق بقدر المهر ما يسفر عنه بحثها وتحقيقها .

١٦٣ - متى يجب أقل المهر :

قلنا ان الحد الأدنى للمهر عند الحنفية هو عشرة دراهم ، فإذا اتفق الزوجان على ان المهر عشرة دراهم فإن هذا المهر يجب لان الذى سمي هنا يصلح مهرا .

وإذا كان المسمى أقل من عشرة دراهم فإن الذى يجب هو العشرة لا ما سمي . وقال زفر ان الذى يجب هنا هو مهر المثل لان المسمى لا يصلح مهرا فصار كأنه لم يسم مهرا أو سمي مالا يصلح مهرا وهو اذا لم يسم مهرا أو سمي مالا يصلح مهرا فالواجب مهر المثل . وقد رد اصحاب الرأى القائل بوجوب العشرة فقط عند نقص المسمى عن العشرة بأن الفساد انما كان لحق الشارح ، فحق الشارح في الا يقل المهر عن عشرة دراهم ، فإذا قل عنها فالواجب اكماله لها قضاء لحق الشرع ، وهي قد رضيت بما دون العشرة فتكون راضية بالعشرة ولا معنى للزيادة عن العشرة ولان العشرة لا تتجزأ حقا للشرع وذكر بعض مالا ينتجزأ كذكر كله كالطلاق والعفو عن القصاص فهو لو طلقها نصف تطليقة فانه ينفذ وكذا اذا عفا عن نصف القصاص ، وهذا كله بخلاف ما اذا لم يسم شيئا أو سمي ما ليس بمال حيث يجب فيه مهر المثل لعدم رضاها بالقليل .

هذا ويلاحظ ان وجوب الحد الأدنى من المهر فيما تقدم بيانه محله الا يكون للزوجة ولى عاصب أو يكون لها ويرضى به اما اذا لم يرض هو بذلك فله الاعتراض وطلب مهر المثل فاذا اكمل المهر لمهر المثل فيها والا طلب فسخ العقد .

١٦٤ - متى يجب مهر المثل :

يجب مهر المثل في مذهب أبى حنيفة في ثلاثة احوال :

١ (اذا لم يسم مهر في العقد اصلا ، والمرأة هنا تسمى المفوضة لانها فوضت امرها بالنسبة للمهر الى الزوج ولها أن تطالب زوجها بعد العقد وقبل

إلدخول بها ان يفرض لها مهرا فان لم يفعل أو فرض ما لم ترض به فلها رفع امرها الى القاضي وهو يأمر الزوج بفرض مهر لها فان لم يفعل حكم لها القاضي بمهر مثلها . واما اذا لم تطالب المرأة بمهر لها حتى دخل بها أو مات احدهما عن الآخر فالواجب هنا مهر المثل .

(٢) اذا كانت هناك تسمية ولكنها فاسدة كأن يسمى مهرا ما ليس بمال أو ما ليس بمقوم أو ما كانت به جهالة فاحشة لان التسمية هنا تعتبر كعلمها ويجب مهر المثل ايضا اذا كان هناك مهر مسمى دون مهر المثل ولم يرض الولي فله طلب اكمال المهر لمهر المثل أو يفسخ النكاح .

(٣) اذا نفى المهر في العقد فان هذا الاتفاق باطل لا يعمل به لان المهر من احكام النكاح وهو من حق الشارع فليس لهما منع وجوبه وأن كان لها أن تبرئ الزوج منه بعد وجوبه لانه حينئذ خالص حقها اما قبل ذلك فان اشتراط عدم المهر فاسد فيلغو ويصح العقد ويجب المهر ، ويكون الواجب مهر المثل لانعدام التسمية .

والذي يدل ايضا على وجوب مهر المثل عند عدم التسمية أو الاتفاق على عدمها قضاء عبد الله بن مسعود لمن مات عنها زوجها دون أن يسم لها مهرا بمهر مثلها بلا وكس ولا شطط ذلك القضاء الذي وافق قضاء الرسول ﷺ على ما مر (١) .

١٦٥ - وجوب الاقل من المسمى ومهر المثل :

قلنا قبل ذلك ان العقد الفاسد لا يجب به شيء من اثار العقد لانه غير معتبر شرعا . ولكن اذا حصل الدخول في العقد الفاسد فان مهر المثل يجب بالدخول لا بالعقد نفسه وذلك بشرط الا يزيد عن المهر المسمى في

(١) وقال الشافعي : لا يجب بنفس العقد شيء من غير تسمية ، وكذا بالدخول عند بعضهم لان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء يعنى بعد التسمية (الزيلعي والشلبى جزء ٢ / ص ١٣٩)
(١٤٠) .

العقد ، فان زاد عن المسمى تسمية صحيحة في العقد فان الواجب هو المسمى لا مهر المثل . والواجب هنا اصلا هو مهر المثل لكنها رضىت بالمسمى وهو دون مهر المثل . فتكون قد أسقطت بعض حقها وهي رشيدة فتؤخذ بذلك ، وهذا هو منهب ابي حنيفة والصاحبين . وقال زفر ان الذى يجب هو مهر المثل بالغ ما بلغ لان العقد الفاسد لا تترتب عليه آثار وهذا يستتبع فساد التسمية في العقد فلا ينظر اليها ويجب مهر المثل على كل حال .

المطلب الرابع

حكم الزيادة فى المهر والحط منه

١٦٦ - الزيادة في المهر ان يضاف اليه شيء سواء كان هذا الشيء من جنسه أو لم يكن ، والحط من المهر المراد منه اسقاطه كله أو اسقاط بعضه .

والزوج اذا كان بالغاً رشيداً له ان يزيد في المهر المسمى بعد العقد لان الله تعالى يقول : « ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة » (١) ولان البالغ الرشيد حر التصرف في امواله بلا معقب عليه . وهذه الزيادة تلتحق بالمهر المسمى في العقد ويسرى عليها اغلب احكامه . فالزوجة لها ان تطالبه بهذه الزيادة كما تطلب المهر وهذه الزيادة تتأكد بما يتأكد به المهر . لكن تخالفه في انها لا تتنصف بما يتنصف به المهر المسمى على ما سيأتي :

ويشترط في هذه الزيادة لى تلحق بالمهر شروط هي :

- (١) ان يكون الزوج بالغاً عاقلاً رشيداً لان الزيادة في المهر تبرع فلا تكون الا ممن يملك التبرع .
- (٢) وان تكون معروفة القدر وعلى ذلك فلو قال : زدتك في مهرى ، ولم يعين لم تصح الزيادة لانها تكون مجهولة .

(١) سورة النساء الآية رقم ٢٤ .

٣) وان تكون الزوجية قائمة وقت هذه الزيادة ولو حكما (وهذا في الطلاق الرجعى) فلو كانت الزيادة بعد انقضاء العدة في الطلاق الرجعى أو في الطلاق البائن ولو لم تنقض العدة أو بعد وفاة الزوجة فان الصحيح ان الزيادة في المهر لا تصح . وانما كان ذلك لان الزيادة تلتحق بالمهر المسمى في أكثر احكامه فهى تستند لاصل العقد فيجب لكى تصح ان يكون العقد قائما ، وهو لا يكون كذلك اذا انقضت العدة في الطلاق الرجعى أو كان هناك طلاق بائن أو كانت هناك وفاة .

٤) ان تقبل الزوجة هذه الزيادة لانها هبة فلا بد فيها من القبول اذ لا يعقل دخول الموهوب في ملك الموهوب له بلا قبوله .

١٦٧ - والزوجة لها ايضا حظ مهرها كله أو بعضه لان المهر بعد عقد الزواج خالص حقها فلها فيه مطلق التصرف . ويشترط هنا كذلك في الحظ :

١) ان تكون الزوجة بالغة عاقلة رشيدة لان حظ المهر أو بعضه ليس الا تبرعا فتجب فيه اهلية التبرع .

٢) اذا كان المهر دينا أى مما لا يتعين بالتعيين كالنقود والمكيات والموزونات فان الواجب هنا الا يرد الزوج حظ المهر كله أو بعضه ولا يشترط قبوله لان الحظ ابراء وهو ينقذ بارادة واحدة فلا حاجة فيه للقبول . لكن اشتراط عدم الرد سببه ان البعض لا يتحمل منه الابراء من دين عليه لا سيما اذا كان هذا الدين هو المهر . اما اذا كان المهر عينا تتعين بالتعيين ولا تكون دينا في الذمة كان يكون ارضا محددة أو بيتا محددا معروفا فلا يصير حظه لان الحق في الاعيان المعينة بالتعيين يتعلق بها وعلى من تكون هذه الاعيان في يده ان يسلمها . وعلى ذلك فاذا كان المهر المعين قائما في يد الزوج فلها اخذه منه .

والزوجة ان ارادت ترك حقها في المهر المعين بالتعيين فهى تملك ان تهبه للزوج . والقبول هنا واجب لان الهبة لا بد فيها من توافق ارادتين فلا يجزىء عدم الرد .

١٦٨ - وإذا كان الزوج صغيرا أو ملحقا به في الحكم فقد نص فقهاء الحنفية على أن الولي إذا كان هو الأب أو الجد أو الابن ولم يعرف بسوء الاختيار فله الزيادة بعد العقد في المهر المسمى في العقد لأن كلا من هؤلاء لوفور شفقتهم على من هو في ولايته لا يزيد في المهر المسمى بعد العقد إلا لمصلحة تفوق هذه الزيادة أو تساويها على الأقل . وليس هذا لغير المذكورين من الأولياء . ولكن هؤلاء الفقهاء لم يجيزوا أن يحط الولي ولو كان هو الأب أو الابن غير المعروف بسوء الاختيار من المهر المسمى في العقد لمن هي في ولايته الإيجابية وإنما كانت هذه التفرقة في الحكم بين الحالتين لأن العرف جار على تقديم الهدايا من قبل الزوج وأوليائه للزوجة والزيادة في المهر من قبيل هذه الهدايا فتجوز تبعا ، ولكن لم يجر العرف بأن تقدم الزوجة وأوليائها الهدايا للزوج فلا يتحد الحكم فضلا عن أن الحط من المهر أمر تعير به الزوجة والأولياء عرفا .

والزيادة في المهر والحط منه يعتبر تبرعا وعلى ذلك فإذا حصل في مرض الموت تسرى عليه أحكام الوصية فيكون نافذا إن جوزته هذه الأحكام ، وغير نافذ إن لم تجوزه .

المطلب الخامس

ما يتأكد به كل المهر

١٦٩ - المهر قد يجب وجوبا مستقرا بمعنى ألا يكون محتملا السقوط كله أو بعضه . ومن ذلك أن يكون وجوبه بالدخول في النكاح الفاسد لأن سبب وجوب المهر فيه هو الدخول لا نفس العقد . والدخول سبب تأكد المهر فما دام أنه قد حصل فإن المهر يجب ويتأكد ولا يكون هناك مجال لسقوطه بمسقط ما إلا أن يكون ذلك بالاداء أو الإبراء .

أما الزواج الصحيح ففيه يجب المهر بالعقد فسبب وجوبه هو العقد فيكون في ذمة الزوج بالعقد لكن هذا لا يمنع من سقوط بعضه أو كله بغير إبراء ولا إبراء ما دام أنه لم يوجد ما يؤكده ، فقد يسقط نصفه إذا حصل الطلاق

قبل الدخول ، وقد يسقط كله اذا حصلت فرقة بسبب الزوجة قبل الدخول .
لكن اذا حصل ما يؤكد المهر في النكاح الصحيح فانه لا يكون معرضا للسقوط
كلا ولا بعضا الا بالاداء او الابرء . ومؤكدات المهر الواجب بالعقد في الزواج
الصحيح ثلاثة هي :

- (١) الدخول الحقيقي .
 - (٢) الخلوة الصحيحة ويعبر عنها بالدخول الحكمي .
 - (٣) موت احد الزوجين قبل الدخول او الخلوة .
- وفيما يلي نتكلم عن كل من هذه المؤكدات :

أولا :

١٧٠ - الدخول الحقيقي :

الدخول الحقيقي مؤكد للمهر باتفاق جميع الفقهاء وذلك لأن المهر ثبت
حقا للزوجة بالعقد والادلة الشرعية على سقوط المهر كله او بعضه قيدت
السقوط بحصولها قبل الدخول ، ومن ذلك سقوط نصف المهر بالطلاق قبل
الدخول فاذا حصل دخول فقد امتنع سقوط المهر فيتأكد وفضلا عن ذلك
فان في الدخول استيفاء للمعقود عليه وهذا يقرر البذل ولأن المهر يتأكد بتسليم
المبدل من غير استيفائه فلان يتأكد بالتسليم مع الاستيفاء اولى والدخول قد
حصل به الاستيفاء وهو استمتاع الزوج بزوجه . واخيرا فان الدخول بشبهة
في النكاح الفاسد يوجب مهر المثل غير قابل للسقوط فاولى ان يتأكد المهر
في النكاح الصحيح فلا يكون قابلا للسقوط .

١٧١ - وقد حكم بأن القول قول الزوج يمينه في دعوى الدخول
وعدمه ، ولا يحلف الا بطلب الزوجة . وبأن البينة على الدخول بينة الزوجة ،
فاذا قالت ان البينة بينته كان هذا اقرارا منها بأن لا بينة لها تعامل به
كما لو كلفت بالاثبات فعجزت عنه (١) .

(١) محكمة الألبكية الشرعية ١٩٢٩/٥/٤ المحاماة الشرعية س / ٢
ع/٤ ص ٣٨٢ رقم ٤٣ .

وبأنه يصلح لتأييد أدلة المدعية على حصول الدخول ما يكون من مدلول
محركات المدعى عليه اليها قبل الزواج^(١) .

ثانيا - الخلوة الصحيحة :

١٧٢ - الخلوة الصحيحة التي تقوم مقام الدخول ويتأكد بها المهر
بتمامه في الزواج الصحيح هي ان يجتمع الزوجان بعد عقد الزواج الصحيح
منفردين في مكان آمنين من دخول الغير عليهما بدون اذن ولم يكن هناك مانع
حقيقي أو شرعي أو طبعي يمنعهما من الوطء .

فاذا اجتمع الزوجان مع توافر الشروط المذكورة عدا كون الزواج
صحيحا فان الخلوة تكون فاسدة ، فالخلوة في الزواج الفاسد لا يتأكد بها
المهر بتمامه .

واذا لم يكونا آمنين من دخول الغير عليهما بغير اذن فان الخلوة فاسدة
فلا يتأكد بها المهر بتمامه . ومن ذلك حصول الخلوة في المسجد . أو في الطريق
أو في الحمام أو فوق سطح الدار اذا لم يكن في جوانبه ساتر أو في بستان
ليس عليه باب .

واذا كان هناك مانع حقيقي يمنع من الوطء فان الخلوة تفسد ومن
ذلك ان يكون احدهما مريضا مرضا يمنع الجماع أو يلحقه به مع وجود المرض
ضرر ، وقيل ان هذا التفصيل في مرضها ، واما مرضه فمانع مطلقا لانه لا يخلو
من تكسر وفتور ، وقابل الزيلعي : ان هذا هو الصحيح . ومن ذلك كون الزوجة
صغيرة لا تطيق الجماع وكون الزوج صغيرا لا يقدر على الجماع . وكذا وجود
عيب فيها يمنع الجماع .

والمانع الطبعي لا تكون معه الخلوة صحيحة بان يكون معهما ثالث
لان الطبع يمنع الدخول مع وجوده ويستوى ان يكون الشخص الثالث بصيرا

(١) محكمة السيلة الشرعية في ١٦/٤/١٩٣٣ المحاماة الشرعية س / ٤
رقم ٢٥٥ ص ٧٩٩ . وتأيد في الاستئناف .

- ١٧٥ -

او اعمى يفظان أو نائما بالغا أو صبيا يعقل لان الاعمي يحس والنائم يستيقظ أو يتناول . وان كان صغيرا لا يعقل أو مجنوناً أو مغمى عليه لا يمنع صحة الخلوة وقيل المجنون والمغمى عليه يمنعان .

وقد يكون المانع من صحة الخلوة شرعياً بان يكون احد الزوجين في حال تمنعه شرعاً من الدخول . ومن ذلك ان تكون الزوجة حائضاً أو نفساء او يكون احدهما صائماً صوم رمضان وذلك بالاجماع لما يلزمهما بالجماع من الكفارة والقضاء ، ومن الموانع الشرعية ايضاً الاحرام بحج فرض او نفل او عمرة .

١٧٣ - وقد حكم بأن الخلوة الصحيحة تتحقق شرعاً باجتماع الزوجين في مكان واحد وهما آمنان من اطلاق غيرهما عليهما ولو كانا في حجرة وبابها لم يغلق^(١) .

١٧٤ - وتجب العدة في الخلوة سواء كانت صحيحة او لم تكن صحيحة استحساناً لتوهم الحمل نظراً الى التمكن الحقيقي ولان العدة حق الشرع والولد فلا يصدقان في ابطال حق الغير بخلاف المهر حيث لا يجب الا اذا صحت الخلوة لانه مال يحتاط في ايجابه . وذكر القديري في شرحه ان المانع ان كان شرعياً تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقياً كالصغر والمرض لا تجب لانعدام التمكن حقيقة فكان كالطلاق قبل الدخول من حيث قيام اليقين بعدم الحمل .

١٧٥ - وقد حكم بأنه تترتب على الخلوة آثارها ولو كانت فاسدة^(٢) .

(١) محكمة طنطا الجزئية الشرعية في ١٩٣١/٧/٢٣ المحاماة الشرعية س/٣ ع/٤ رقم ٩٣ ص ٣٦٦ . وقد تأيد في الاستئناف .
(٢) محكمة شبين الكوم الشرعية في ١٩٣٣/٥/١١ المحاماة الشرعية س/٥ ع/٩ ، ١٠ رقم ٢٥٧ ص ٩٢٧ . وقد تأيد في الاستئناف .

١٧٦ - الأحكام التي تشارك فيها الخلوة الصحيحة الدخول الحقيقي :

تشارك الخلوة الصحيحة الدخول في الأحكام الآتية :

١ - تأكد المهر الواجب بالعقد بكماله وهذا عند الحنفية .

وقال الشافعي ان المهر لا يتأكد بالخلوة الصحيحة فلو طلقها بعدها وقبل الدخول في نكاح سمي فيه المهر فان الواجب عليه عنده نصف المهر لا كله . وان لم يكن في النكاح تسمية فعليه المتعة عنده .

وقد احتج الشافعي بحجج منها قوله تعالى « وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » ، فقد فسر المس في الآية بالجماع وعلى ذلك فلا فرق بين حال وجود الخلوة وعدمها . وكذلك فوله تعالى : « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن » والمعنى ما لم تمسوهن ولم تفرضوا لهن فريضة فتجب المتعة وعلى ذلك فهي تجب في نكاح لا تسمية فيه مطلقا من غير فصل بين حال وجود الخلوة وعدمها . وكذلك قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعهن » وقد دلت هذه الآية على نفى وجوب العدة ووجوب المتعة قبل الدخول من غير فصل .

وقد استدلل الحنفية بقوله تعالى : « وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا تأخذونه بهتانا واثما مبينا . وكيف تأخذونه وقد افضي بعضكم الى بعض » وقد فسروا الافضاء بالخلوة الصحيحة لان الافضاء مأخوذ من الارض وهو الموضع الذي لا نبات فيه ولا بناء فيه ولا حاجز يمنع عن ادراك ما فيه فكان المراد منه الخلوة على هذا الوجه وهي التي لا حائل فيها ولا مانع من الاستمتاع عملا بمقتضى اللفظ فظاهر النص يقتضي الا يسقط شيء من المهر بالطلاق . فضلا عن ذلك فقد روى عن الرسول ﷺ قوله : « من كشف خمار امرأته ونظر اليها وجب الصداق دخل بها او لم

- ١٧٧ -

يدخل » • وروى عن زرادة بن ابى اوفي انه قال : قضى الخلفاء الراشدون المهديون انه اذا ارخى الستور واغلق الباب فلها الصداق كاملا وعليها العدة دخل بها اولم يدخل بها •

٢ - وجوب العدة على الزوجة بعد الفرقة • وهذا عند الحنفية وخالفهم في ذلك أيضا الشافعي فلم يوجب العدة اذا حصلت الفرقة بعد الخلوة وقبل الدخول وقد سقنا حجج الطرفين في الكلام عن أثر الخلوة في تأكيد المهر فلا نعود للكلام فيها •

ويترتب على ثبوت العدة بالطلاق بعد الخلوة الصحيحة ان نفقة العدة تجب للمطلقة حال العدة ويحرم الجمع بين المطلقة ومحرم لها حال العدة لأن الجمع بينها ومحرم لها كعمتها أو خالتها أو اختها غير جائز في النكاح وفي العدة • ويحرم كذلك الزواج بخامسة وهي في العدة ان كان المطلق معددا وكانت المطلقة مكملة للاربع زوجات •

٣ - والخلوة الصحيحة أيضا بالدخول من حيث ثبوت نسب الولد من الزوج ما دامت قد توافرت شروط ثبوت نسبه منه • ويلاحظ هنا ان ثبوت النسب يعتبر من احكام الزواج الصحيح وليس من احكام الخلوة الصحيحة •

١٧٧ - الاحكام التي تختلف فيها الخلوة عن الدخول :

تختلف الخلوة الصحيحة عن الدخول في حق الاحكام الآتية :

الاحصان : حد الزنى للمحصن من رجل او امرأة هو الرجم وحد غير المحصن هو الجلد مائة جلدة • والاحصان المقصود في حد الزنى يكون بالزواج مع الدخول الحقيقي • اما الخلوة الصحيحة فلا يتحقق بها شرط الاحصان في حد الزنى • وعلى ذلك فمن زنى بعد الدخول بزوجه كان حده الرجم ، ومن زنى بعد الخلوة الصحيحة وقبل الدخول ، ولم يكن دخل بامرأة اخرى في زواج صحيح قبل ذلك فان حده الجلد مائة •

(م ١٢ - الأحوال الشخصية)

حرمة البنات : الدخول بالامهات يحرم البنات على ما بينا في الكلام عن المحرمات ، وعلى ذلك فاذا دخل بزوجه ثم ماتت او طلقها وانقضت عدتها فلا يحل له ان يتزوج من احدى فروعها بخلاف ما اذا كان قد اختلى خلوة صحيحة فقط فانه حينئذ يجوز له ان يتزوج من فرع لها لان الذي يحرم البنات هو الدخول بالامهات لا الخلوة الصحيحة بهن .

حلها للزوج الأول : المطلقة طلقه مكمله للثلاث لا تحل لمن طلقها الا بعد ان تتزوج زوجا غيره ويدخل بها الثاني دخولا حقيقيا . اما اذا طلقها الثاني وانقضت عدتها منه او مات عنها ولم يكن دخل بها دخولا حقيقيا بل اختلى بها خلوة صحيحة فقط فانها لا تحل للاول بهذا .

الرجعة : الطلاق بعد الدخول قد يكون رجعيا وقد يكون بائنا ، وهو اذا كان رجعيا فان المطلق له مراجعة زوجته بدون عقد ومهر جديدين ولو لم ترض هي ما دامت في العدة . ولكن اذا كان الطلاق بعد الخلوة فلا يكون الا بائنا وعلى ذلك فليس له مراجعتها حتى ولو كانت في العدة (١) .

الميراث : فمن طلق زوجته بعد الخلوة الصحيحة ومات احدهما وهي في العدة فانه لا توارث بينهما بسبب الزوجية لانها انقطعت بالطلاق البائن . واذا طلقها بعد الدخول بها طلاقا رجعيا ومات احدهما وهي في العدة ورثه الاخر بالزوجية لانها باقية بعد الطلاق الرجعي ما دامت في العدة فيكون حكم موت احدهما وهي في العدة من طلاق رجعي كحكم موت احدهما قبل حصول اية فرقة بينهما .

ثالثا :

١٧٨ - الموت :

قلنا ان مؤكدات وجوب المهر بتسامه على الزوج ثلاثة هي الدخول الحقيقي والخلوة الصحيحة وموت احد الزوجين قبل الدخول او الخلوة . وقد تكلمنا

(١) ولم تقم الخلوة الصحيحة كذلك مقام الوطء ايضا في امر آخر متعلق بالرجعة وهو ان المطلق رجعيا اذا اختلى بمطلقة لا يصير مراجعا بخلاف ما لو دخل بها فان الدخول بها يعتبر رجعة (الزيلعي والشلبلي على هامشه جز ٢/ ص ١٤٤) .

عن الدخول الحقيقي والخلوة الصحيحة • والان نتكلم عن اثر موت احد الزوجين
فى تأكد المهر بتمامه •

لا خلاف في ان احد الزوجين لو مات قبل الدخول فان المهر الواجب بالعقد
يتأكد فلا يسقط الا بالاداء او الابرء والسبب ان المهر كان واجبا بالعقد
والعقد لم يفسخ بالموت بل انتهى نهايته لانه عقد للعمر فتنتهى نهايته عند
انتهاء العمر واذا انتهى فانه يتأكد فيما مضي ويتقرر ولان كل المهر لما وجب
بنفس العقد فقد صار ديناً عليه والموت لا يسقط الدين شرعاً فلا يسقط شيء
منه بالموت كسائر الديون •

وكذا اذا قتل احدهما سواء قتله أجنبي أو قتل الزوج زوجته أو قتل
الزوج نفسه اما اذا قتلت المرأة نفسها فلا يسقط عن الزوج شيء من المهر
عند ابي حنيفة وصاحبيه • لكن عند زفر والشافعى ومالك ان المهر هنا
يسقط لانها بالقتل فوتت على الزوج حقه في المبدل فيسقط حقها في البدل •
ولكن ابا حنيفة والصاحبين سندهما في تأكد المهر حتى بقتل الزوجة نفسها
ان القتل انما يصير تفويتاً للحق عند زهوق الروح لانه انما يصير قتلاً في
حق المحل عند ذلك والمهر في تلك الحالة ملك للورثة فلا يحتمل السقوط
بفعلها •

واذا قتلت الزوجة زوجها فابو حنيفة والصاحبان ايضا على ان مهرها
يتأكد بذلك لان الذى يسقط المهر هو الفرقة التى تحصل بين الزوجين وهما
على قيد الحياة وقد امتنع ذلك المسقط فيتأكد المهر ولذلك كان الموت مهما
كانت طريقته مؤكداً للمهر عند الحنفية • وعند زفر والائمة الثلاثة مالك
والشافعى وأحمد ان قتل الزوجة زوجها قبل الدخول مسقط للمهر كله لان
القتل هنا جناية ولم تعهد الجنايات مؤكدة للحقوق ولانها تحرم من الميراث
فحرمانها من المهر اولى • والذى عليه زفر والائمة الثلاثة اقرب للعدل مما
عليه ائمة الحنفية لانه لا يستساغ ان تنهى الحياة الزوجية بقتل زوجها ثم تتمتع
بأثر من آثارها (١) •

(١) يخلص مما في الصلب ان مؤكدات المهر في النكاح الصحيح هي ثلاثة
عند الحنفية وهي الدخول والخلوة الصحيحة وموت احد الزوجين قبل الدخول =

المطلب السادس

متى يسقط نصف المهر

١٧٩ - إذا كان عقد الزواج صحيحا وكان المهر مسمى في العقد ووقعت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول حقيقة أو حكما وكانت من جانب الزوج فان الزوجة تستحق نصف المهر المسمى . ودليل ذلك قوله تعالى : « وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا ان يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ، وان تعفوا اقرب للتقوى ، ولا تنسوا الفضل بينكم ان الله بما تعملون بصير » (١) فالآية صريحة في وجوب نصف المهر للزوجة بالطلاق قبل الدخول حقيقة أو حكما ما دام قد سمي المهر وقت العقد فاذا لم تكن هناك تسمية وقت العقد فان الذي يجب هو مهر المثل ومهر المثل لا ينصف . والحقت بالطلاق في حكم تنصيف المهر كل فرقة من جانب الزوج قبل الدخول ، سواء اكانت هذه الفرقة معتبرة طلاقا أو فسخا ومن الفرقة المعتبرة فسخا الفرقة بسبب ابناء الزوج غير المسلم الاسلام بعد ان اسلمت زوجته . واستثنى من حكم تنصيف المهر المسمى في العقد ان تكون الفرقة بسبب خيار البلوغ ، فاذا كان للزوج هذا

= والامام أحمد يتفق مع الحنفية في هذه المؤكدات ويزيد عليهم اعتباره مقدمات الدخول كالنظر بشهوة أو التقبيل أو اللمس بشهوة من مؤكدات المهر ولو حصل ذلك في غير خلوة أو كان بحضرة الناس لان هذا فيه استيفاء لبعض أحكام النكاح . والامام الشافعي كما قلنا في الصلب لا يعتبر الخلوة الصحيحة مؤكدة للمهر والذي يؤكد عنده هو الدخول الحقيقي والموت فقط . والامام مالك كالامام الشافعي ولكنه يرى ان من مؤكدات المهر انتقال الزوجة إلى منزل الزوجية واقامتها فيه سنة بلا دخول حقيقي مع تهيؤ كل اسبابه فكان المالكية اعتبروا الخلوة من مؤكدات المهر بشرط البقاء سنة لانها بذلك تكون قد قامت بكل حقوق الزوجية من جانبها فاستحقت كامل المهر . (مجمد أبو زهرة فقرة ١٥٨ ص ١٨٨ ، ١٨٩) .

(١) سورة البقرة آية رقم ٢٣٧ .

الخيار فاختار نفسه بالبلوغ قبل الدخول أو الخلوة وحكم بالفرقة بناء على طلبه فان الزوجة هنا لا تستحق شيئا من مهرها المسمى لان هذه الفرقة فسخ للعقد من كل وجه فيعتبر كأنه لم يكن بالمرة .

١٨٠ - والذي يتنصف هو المهر المفروض في العقد اما ما فرض بعد العقد فلا يرد عليه التنصيف . فاذا تزوجها ولم يسم لها مهرا أو نفاه ثم تراضيا على التسمية وسمى لها بعد العقد وبعد ذلك طلقها قبل الدخول أو الخلوة فان المهر الذي سمي بعد العقد لا يتنصف بل تجب المتعة على ما سيأتى . وهذا هو رأى أبى حنيفة ومحمد ورأى أبى يوسف في قوله الأخير . وكان أبو يوسف في قوله الاول ، وهو ايضا رأى الشافعى ومالك ، يقول بتنصيف المفروض بعد العقد وذلك لان ما فرض بعد العقد يدخل في اطلاق النص : « فنصف ما فرضتم » . وحجة الراى الاول ان هذا المفروض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والدليل على انه تعيين لما وجب بالعقد ان مهر المثل يسقط بالدخول عليها والموت عنها ويجب هذا المسمى وهو المفروض بعد العقد ولولا انه تعيين له لوجب مفعه كما اذا سمي لها مهرا ثم زادها تجب الزيادة مع المسمى فيجب ان جميعا اذا دخل بها او مات عنها . والمراد بعبارة « ما فرضتم » في الآية الفرض الموجود عند العقد وهو المتعارف بين الناس .

١٨١ - وما زيد بعد العقد من المهر المسمى بالعقد فانه يتنصف عند أبى يوسف لأن هذه الزيادة عنده تلحق بالمهر المسمى فتسرى عليها أحكامه، وعند أبى حنيفة ومحمد لا تنصف هذه الزيادة لأن الذي يتنصف هو المسمى وقت العقد فقط . وعلى ذلك فاذا كان المهر المسمى في العقد خمسمائة ثم زاده الزوج بعد العقد مائة أخرى وبعد ذلك طلقها ولم يكن حصل دخول أو خلوة صحيحة . فان الذى يجب للزوجة هو نصف المهر المسمى وهذا النصف هو مائتان وخمسون اما الزيادة فتسقط كلها بالفرقة ولا تستحق الزوجة منها شيئا . ومالك يتفق مع أبى حنيفة ومحمد في عدم تنصيف الزيادة مع وجوبها بالدخول والموت . اما الشافعى فانه يقول ان الزيادة بعد العقد ملغاة في كل الاحوال الا ان تكون هبة .

١٨٢ - متى يعود نصف المهر الى الزوج :

قلنا ان المهر المسمى في العقد يتنصف بالفرقة قبل الدخول أو الخلوة اذا كانت حاصلة من قبل الزوج فلا تستحق الزوجة الا نصف هذا المسمى ، فهل يثبت الملك للزوج في النصف الآخر بمجرد هذه الفرقة من غير تراض او حكم قاض ام انه يجب لثبوت ملك الزوج في النصف ان يحصل التراضي او يحكم بذلك القضاء .

نفرق في هذه المسألة بين الا تكون الزوجة قد قبضت المهر المسمى وبين ان يكون القبض قد حصل :

(١) فان لم يكن القبض قد حصل فان ملكية النصف الذي سقطت عن الزوجة تعود للزوج بمجرد الطلاق ، ويستوى في ذلك ان يكون المهر مما يصلح ديناً في الذمة كالنقود والمثلثات عموماً أو ان يكون من القيميات لانه في الحالة الاولى يكون في ذمة الزوج للزوجة فبحصول الطلاق يسقط نصف المهر عنه فلا تكون ذمته مشغولة به فلا يكون للزوجة تبعاً ان تطالبه بهذا النصف ، وهو في الحالة الثانية يكون في يده فلا تكون هناك حاجة للقضاء أو الرضاء لكي تعود ملكيته للنصف .

(٢) - واذا كانت الزوجة قد قبضت المهر قبل الفرقة فان الملك لا يعود للزوج في نصف المهر الذي قبض بمجرد الفرقة بل يجب لذلك ان يحصل التراضي أو يحكم القاضي ، وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وفي احدى الروايتين عن ابي يوسف . وقال زفر ان النصف هنا ايضا يعود لملك الزوج من غير حاجة للقضاء . وعلى هذا الرأي ايضا رواية عن ابي يوسف . **وحجتهما ان الطلاق قبل الدخول هو سبب عودة النصف الى ملك الزوج ، ومتى وجد السبب وجد المسبب حتماً .**

وحجة الآخرين ان المهر يملك بمقتضي العقد ملكاً مطلقاً فاذا قبض تعينت الملكية في المقبوض والملكية اللازمة الناشئة عن عقد لا تنقض بقول احد

العاقدين فلا بد في هذه الحالة لعودة ملكية النصف الى الزوج من حصول التراضي أو قضاء القاضي . ويتفرع على هذا الرأي ان الزوج لو تصرف في النصف الخاص به قبل التراضي أو قضاء القاضي فان تصرفه يكون فيما لا يملك ويوقف على اجازة الزوجة . وان تصرفت فيه هي كان تصرفها نافذا لانها تصرفت فيما تملك .

متى تجب المتعة :

١٨٣ - المتعة لغة هي ما يتمتع به أي ما ينتفع به انتفاعا قليلا ينقضي عن قريب . وفي اصطلاح الفقهاء هي ما توصل به المرأة بعد طلاقها من ثياب ونحوها .

١٨٤ - وتجب المتعة على الزوج اذا طلق زوجته قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة اذا كان لم يسم لها مهرا أو سمي المهر تسمية غير صحيحة أو اتفقا على عدم المهر . لان في هذه الحالات جميعا يجب مهر المثل اذا حصل دخول حقيقي أو حكمي ، وعلى ذلك فالمتعة فيما ليس فيه تسمية للمهر تقوم مقام نصف المهر فيما فيه تسمية وهي تجب تعويضا للمرأة بسبب ما لحقها من ضرر للفرقة التي جاءت من قبل الزوج دون ان يكون لها دخل فيها ووجوب المتعة هكذا هو رأى جمهور الفقهاء وقال مالك انها مستحبة وليست واجبة ومعه في هذا الرأي الليث وابن ابي ليلى مستدلين بقوله تعالى : « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين ، فقد عبر القرآن بعبارة « على المحسنين » والواجب لا يختلف بين المحسن وغيره فدل هذا على انها ليست واجبة .

اما الذين يوجبون المتعة فقد استدلوا بان الآية فيها امر بالمتعة والامر للوجوب كما انه ورد في النص كلمة حقا وكلمة على وهذا يدل على تأكيد ان الامر في الآية للوجوب لا للنسب ، اما ذكر المحسنين فهو للتأكيد كقوله تعالى :

« انما انت منذر من يخشاها » مع انه منذر للكل لكن لما لم ينتفع به الا من يخشي صار كأنه لم ينذر غيره فكذا فيما نحن فيه . فضلا عن ذلك فالمتعة بدل عن نصف المهر ونصف المهر واجب الاداء في الحال لقوله تعالى : « وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » ، وما يكون بدلا للواجب يكون واجبا .

١٨٥ - اما بالنسبة للمقدار فليس للمتعة مقدار معين لان النص لم يرد به تعيين . لكنها يجب الا تقل عن نصف الحد الأدنى للمهر وهو عند الحنفية عشرة دراهم ولا تزيد عن نصف مهر المثل لانها بدل عن هذا النصف وان حصلت زيادة عن نصف مهر المثل كانت الزيادة تبرعا . وما دام انه لم يرد تقدير في المتعة ولا كيفية فالواجب هو المصير في ذلك الى العرف ، ولذا صرح الفقهاء ان المتعة هي الكسوة الكاملة التي تلبسها المرأة عند خروجها حسب عرف بلدها .

١٨٦ - وهل المعتبر في المتعة حال الزوجة أو حال الزوج أو حالهما معا ؟ قيل ان المعتبر في تقدير المتعة حال الزوجة فقط لانها قائمة مقام نصف مهر المثل ومهر المثل يراعى فيه حال قوم الزوجة . وهو قول الكرخي .
وقيل انه يعتبر في التقدير حال الزوج فقط وقد ذكر صاحب الهداية انه هو الصحيح عملا بنص الآية وهو قوله تعالى : « على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » .

وقيل ان المعتبر في التقدير هو حالهما معا . وقد حكى هذا القول صاحب البدائع وفي الآية اشارة اليه وهو قوله تعالى : « بالمعروف » فيكون المشروط في مقدار المتعة شيئين احدهما اعتبارها بيسار الرجل واعساره والثاني أن يكون بالمعروف بعد ان يعتبر حال الرجل فيجب اعتبار المعنيين عند تقدير المتعة . وهذا الرأي هو الأقرب للعدالة لأن اعتبار حال الزوج فقط قد يترتب عليه ظلم الزوجة ان كان هو فقيرا وهي غنية وظلم الزوج ان كان هو غنيا وهي

فقيرة ، والظلم واقع كذلك باحد الطرفين ان اعتبر حال الزوجة فقط (١) .

١٨٧ - ومن المهم معرفة ان المتعة لا تجب الا اذا حصلت الفرقة من جهته كالطلاق بكل انواعه ، سواء كان على مال أو لم يكن ، وسواء كان بايقاع الزوج أو القاضي كالتفريق للعيوب أو للضرر أو لعدم الاتفاق لان طلاق القاضي هنا بالنيابة القانونية عن الزوج وهو لرفع الظلم فقلد كان الواجب على الزوج هنا ان يطلق ولكنه لم يفعل فقام القاضي مقامه رفعا للظلم . ومن ذلك الفرقة باللعان وابائه عن الاسلام وكذا بردته ومن ذلك كل فرقة اعتبرت فسحا ولم تحتسب من عدد الطلقات ولكن بمعصية الزوج . ومن قبيل ذلك الفرقة بردة الزوج على مذهب ابي حنيفة وابي يوسف ، وكذلك الفرقة بثل تقبيل الزوج ام الزوجة أو بنتها بشهوة فهذا يوجب حرمة الزوجة عليه على التأييد .

وفي جميع الاحوال المذكورة تجب المتعة عند عدم تسمية المهر في العقد كما يجب نصف المهر عند تسميته (٢) .

(١) ما ذكر هو المتعة الواجبة وهي تكون لدى الجمهور بالطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة اذا لم تكن هناك تسمية للمهر أو كانت تسمية غير صحيحة أو كان هناك اتفاق على عدم المهر لان في هذه الحالات جميعا يجب مهر المثل . وعند الشافعي المتعة واجبة في الطلاق بعد الدخول ولو كان لها مهر مسمى وقد احتج بقوله تعالى : « وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين » فقلد جعل سبحانه وتعالى للمطلقات متاعا بلام الملك عاما الا انه خصصت منه المطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية فبقيت المطلقة قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه والمطلقة بعد الدخول على ظاهر العموم . واما الحنفية فقد قالوا ان المتعة تستحب في الطلاق بعد الدخول والطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية . وقد احتجوا بان المطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية لا تجب لها المتعة بالاجماع فالمطلقة بعد الدخول اولى لان الاولى تستحق بعض المهر والثانية تستحق الكل ، واما الآية الكريمة المذكورة فيحمل ذكر المتاع فيها على الندب والاستحباب وهذا امر مندوب فيه عند الحنفية نظيره الندب الى اداء المهر كاملا في غير المدخول بها ، أو يحمل ذكر المتاع في هذه الآية على النفقة والكسوة حال العدة عملا بكل الدلائل (البدائع جزء ٢ / صفحة ٣٠٣ ، ٣٠٤ - الزيلعي والشلبى جزء ٢ / ص ١٤٠) .

(٢) الزيلعي والشلبى ج ٢ / ص ١٤٠ ، ١٤١ - البدائع ج ٢ / ص ٣٠٢ ، ٣٠٣ .

١٨٧ مكررة - وقد صدر في مصر القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية ، ونص في مادته الأولى على اضافة مواد جديدة الى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ منها المادة رقم ١٨ مكررا ونصها :

« الزوجة المدخول بها في زواج صحيح اذا طلقها زوجها بدون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقلدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية . ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط ، » .

وقالت المذكرة الايضاحية ان القانون القائم لا يوجب المتعة المالية للمطلقة بعد الدخول وحسبها أنها استحققت المهر كله بالدخول ولها نفقة العدة أما المتعة فهي مستحبة ولا يقضي بها . واذا قد تراخت المروءة في هذا الزمن وانعدمت لاسيما بين الأزواج اذا انقطع حب المودة بينهما واصبحت المطلقة في حاجة الى معونة أكثر من نفقة العدة تعيينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق ، وفي المتعة ما يحقق المعونة ، وفي الوقت نفسه تمنع الكثيرين من التسرع في الطلاق .

ثم قالت : ولما كان الأصل في تشريع المتعة هو جبر خاطر المطلقة وكانت مواساتها من المروءة التي تطلبها الشريعة ، وكان من أسس تقديرها قول الله تعالى : « ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » (من الآية ٢٣٦ من سورة البقرة) وكان ايجاب المتعة هو مذهب الشافعي الجديد حيث أوجبها للمطلقة بعد الدخول ان لم تكن الفرقة منها أو بسببها وهو قول لأحمد اختاره ابن تيمية كما أن ايجابها هو مذهب أهل الظاهر وهو قول لمالك أيضا . وعلى هذا وضع نص المادة المذكورة بمراعاة ضوابط أقوال هؤلاء الأئمة وللقاضى أن ينظر في تقديرها عدا ما سبق الى ظروف الطلاق والى اساءة استعمال هذا الحق ووضع في موضعه ولا تقل في تقديرها عن نفقة سنتين . وتخفيفا على المطلق في الأداء أجاز النص الترخيص له في سداد جملة المقرر للمتعة على أقساط .

١٨٧ - مكررة (١) - ونرى ان تقدير المتعة بنفقة سنتين على الأقل هو تقدير تحكمي لم يقل به الفقهاء فيما أعلم ثم هو يشكل زيادة كبيرة على عاتق المطلق من غير سند معتبر ، لاسيما والمتعة للمطلقة المدخول بها مضافة لجميع المهر ونفقة العدة ، وعند الفقهاء ليس هناك تحديد لمقدار المتعة وهناك رأى معتبر يقول ان المتعة هي الكسوة الكاملة التي تلبسها المرأة عند خروجها حسب عرف بلدها . وكان الأوفق أن يترك أمر تقدير المتعة الى القاضي يقدرها في كل حالة بحسبها وذلك بعد فرضها للمطلقة المدخول بها مادامت قد اسحقت كل المهر ونفقة العدة ومما يؤكد ما ذهبنا اليه ما سبق أن ذكرنا من أن المتعة تعرف لغة بأنها هي ما توصل به المرأة بعد طلاقها من ثياب ونحوها . فلا يصح أن تفرض المتعة على ما جاء في القانون بدرجة ترهق المطلق في أحوال هي محل خلاف في الفقه ، ودون سبب معتمد من الشرع .

المطلب السابع

متى يسقط المهر كله

١٨٨ - بينا ان المهر يتأكد فلا يسقط الا بالاداء أو الإبراء في الزواج الصحيح اذا حصل دخول حقيقي أو حكمي أو مات احد الزوجين عن الآخر .
وقلنا ان المهر اذا لم يكن تأكد بواحد من هذه الثلاثة فانه قد يكون عرضة لسقوط نصفه وقد يكون عرضة لسقوطه كله . وبينما متى يسقط نصف المهر . والآن نبين متى يسقط كل المهر .

١٨٩ - والمهر يسقط كله في احدى حالة من حالتين :

(١) اذا كانت الفرقة من جانب الزوج وكانت فسخا لاستعمال حق شرعي اعطاه الشارع للزوج وذلك يكون بالفسخ بخيار البلوغ أو الافاقة . فاذا زوج غير الاب والجد من الاولياء الصغير مثلا الذي في ولايته الاجبارية واختار نفسه قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة عند زوال سبب الحجر عليه فان الزوجة

هنا لا تستحق شيئا من المهر ، لان الفرقة هنا فسخ من كل وجه فهي تنقض العقد من اصله فلا يبقى شيء من احكامه . ومن هذه الاحكام المهر ، فضلا عن ذلك فالقول بان يدفع نصف المهر لا يجعل لحق الفسخ بخيار البلوغ أو الافاقة فائدة لان الزوج هنا يملك الطلاق وبالطلاق يستحق نصف المهر ، وعلى ذلك فلا تظهر ثمرة هذا الحق الا بعنم وجوب شيء عليه من المهر . وقد قال في الاختيار انه ليس هناك فرقة جاءت من قبل الزوج ولا مهر عليه الا هذه الفرقة .

(٢) اذا كانت الفرقة من جانب الزوجة قبل الدخول حقيقة أو حكما ويستوى ان تكون هذه الفرقة بسبب مشروع أو بسبب غير مشروع .

ومن الفرقة من جانبها بسبب مشروع ان تختار نفسها بالبلوغ أو الافاقة فان هذه الفرقة تنقض العقد من اصله فضلا عن انها جاءت بسبب من الزوجة لا دخل للزوج فيه وعلى ذلك فلا تستحق شيئا من المهر الذي لم يتأكد .

ومن ذلك أيضا الفسخ بسبب عدم الكفاءة عند من يعتبر ان الزواج مع عدمها غير لازم في حق الولي .

وكذا الفسخ الذي يطلبه الولي اذا كان المهر اقل من مهر المثل لأن الفسخ هنا يعتبر كالنقض للعقد من أصله فضلا عن انه لايد للزوج فيه وهو معتبر من جانب الزوجة .

ومن الفرقة من جانبها بسبب مشروع أيضا ان تكون عصمتها بيدها وتطلق نفسها من زوجها قبل الدخول .

ومن السبب غير المشروع ان تكون الفرقة من قبلها بسبب ارتدادها عن الدين الاسلامي ، أو بسبب اباؤها وهي مشركة اعتناق الدين الاسلامي أو ديننا كتابيا بعد ان اسلم زوجها ومن ذلك أيضا ان ترتكب مع أصل لزوجها

او فرع له ما يوجب حرمة المصاهرة . والسبب في سقوط المهر هنا ان الفرقه من جهتها حالت بين الزوج والتمتع بها . كما ان الفرقه بسبب المعصية سقوط المهر فيها اظهر لان المعصية تستوجب عقاب مرتكبها .

ويلاحظ ان المهر بعد ان يصير حقا للزوجة وحدها ، فان لها ان تسقطه عن زوجها بالابراء او الهبة او غيرها متى كانت أهلا لمثل هذه التصرفات لان المهر خالص حقها فلها فيه كل التصرفات كأي مال مملوك لها (١) .

المطلب الثامن

اقتران المهر بالشرط

١٩٠ - المهر المسمى في العقد ان لم يقترن بشرط فانه يجب على البيان السابق وان اقترن بشرط نفرق :

(١) فقد يسمى لها مهرا دون مهر مثلها ويشترط على نفسه لقاء هذا النقض ان يحقق لها منفعة مباحة شرعا ، سواء كان ذلك لها هي أو لقریب محرم لها ومن ذلك ان يتزوجها مثلا بالف على الا يخرجها من بلدها او على الا يتزوج عليها ، فان وفي بالشرط فلها المهر المسمى لأنه يصلح مهرا وقد رضيت به وان لم يف بالشرط بأن تزوج عليها او اخرجها من بلدها فلها مهر المثل لأنه سمي لها شيئا لها فيه نفع فعند فواته يجب لها مهر المثل لعدم رضاها بالمهر المسمى الا بشرط تحقق ما اشترطه وان لم يتحقق فيكون رضاها بالمهر المسمى قد انعدم .

واما اذا كانت المنفعة المشروطة غير مباحة شرعا كأن يشترط سقيها الخمر او خروجها للمراقص او كانت المنفعة المشروطة لأجنبي عن الزوجة فالواجب هو المهر المسمى بشرط الا ينقص عن الحد الأدنى للمهر وذلك لأن المنفعة ان

(١) الزيلعي والشلبى جزء ٢/ ص ١٤٠ ، ١٤١ - البدائع جزء ٢/

ص ٢٩٥ ، ٢٩٦ .

لم تكن مباحة شرعا فانه لا يجوز الوفاء بالشرط ولا يجوز للمسلم شرعا ان ينتفع بها فلا تستحق الزوجة عوضا نظير فوات الانتفاع بها . كما ان المنفعة اذا كانت لأجنبي عن الزوجة فانها لا تكون منفعة مقصودة قصدا صحيحا لاحد العاقدين وعلى ذلك يجب المهر المسمى في العقد .

(٢) ان يسمى الزوج لزوجته مهرا يزيد على مهر مثلها في نظير ان يتحقق فيها وصف مرغوب فيه كان تكون بكرا او متعلمة ، فان كانت الزوجة بالوصف الذي روى في تحديد المهر فان المهر المسمى يجب ، وان لم توجد الزوجة على هذا الوصف فان الذي يجب هو مهر المثل لأن الرضا بالزيادة على مهر المثل كان مقابل تحقق وصف معين وهو لم يتحقق فلا يجب الا مهر المثل .

(٣) وقد يسمى لها مهرا على تقدير ويسمى خلافه على تقدير آخر : مثاله ان يتزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها من بلدها . فان وفي بالشرط الأول وإقام بها فان الذي يجب هو المسمى الذي هو الالف ، وانما وجب الالف لوجود رضاها به وصلاحيته مهرا ، وان لم يف بهذا الشرط واخرجها من بلدها فلها مهر مثلها لا يزيد عن الالفين ولا ينقص عن الالف ، وهذا عند أبي حنيفة وقال الصاحبان : الشرطان جميعا جائزان فتكون لها الالف عند الإقامة والالفان عند اخراجها وقال زفر : الشرطان فاسدان فيكون لها مهر المثل لا يزداد على الالفين ولا ينقص عن الالف .

واستدل زفر على رأيه بأن المسمى مهرا تردد بين شيئين وهذا يورث الجهالة فيكون المسمى مجهولا وهو اذا كان مجهولا فان التسمية تفسد ويجب مهر المثل مع عدم زيادته عن الالفين لأن الزوجة رضيت به عند تحقق الاخراج ، ولا ينقص عن الالف لأن الزوج رضي به عند تحقق عدم الاخراج . من بلدها .

اما ابو حنيفة فقد قال ان احدى التسميتين منجزة والاخرى معلقة فلا يجتمع في الحال تسميتان فالتسمية الاولى صحيحة لانها صادفت محلا لوجودها بدون ان يوجد ما يزاحمها . والتسمية الثانية وهي الاخراج من بلدها غير صحيحة لأنها لم تصادف محلا لوقوعها بعد التسمية الأولى الصحيحة ، وعلى ذلك فاذا تحقق شرط التسمية بأن أخرجها من بلدها فتنفسد التسميتان لان المعلق لا يوجد قبل شرطه والمنجز لا ينعدم بوجود المعلق فيتحقق الاجتماع عند وجود الشرط .

اما الصاحبان فعندهما ان الزوجين رضيا بمهر مخصوص في حالة
مخصوصة وعلى ذلك فعند تحققها يجب المهر المسمى الخاص بها لان الشرط
وجد ونظير هذا ما اذا اشترى احد شيئين على ان يأخذ ايها شاء وبين ثمن
كل واحد منهما على التفاوت .

وقول الصاحبين هو الرأي الراجح في المذهب الحنفى فينبغى ان يكون
عليه العمل .

١٩١ - ويلاحظ ان هناك فرقا بين اقتران عقد الزواج بشرط وبين ان
يكون المهر هو المقترون بالشرط . اما ان يكون المهر هو المقترون بالشرط فقد
بيننا حكمه . واما اقتران عقد الزواج نفسه بالشروط فلا اثر للشرط في العقد
فلا يترتب على عدم تحققه أو على عدم الوفاء به اى أثر بالنسبة للعقد لدى
الحنفية . لان الزواج عندهم لا يدخله شرط كما لا يدخله خيار عيب أو خيار
رؤية . وعلى ذلك فلو شرط للرضا بالزواج شرطا فيه منفعة للزوجة أو اشترط
وصفا مرغوبا فيه فان المهر الذى يجب هو المهر المسمى لو كان المهر سمي
في العقد على كل حال . واذا لم يكن المهر قد سمي في العقد فان الذى يجب
هو مهر المثل على كل حال (١) .

المطلب التاسع

من له قبض المهر

١٩٢ - قلنا قبل الان ان ملكية الزوجة للمهر تثبت بالعقد في الزواج
الصحيح ويستوى في ذلك ان يكون الواجب هو المهر المسمى أو مهر المثل .
ولا تحتاج ملكية الزوجة للمهر لى تثبت الى القبض ، وفقط المهر اذا

(١) الزيلعى والشلبى جزء / ٢ ص ١٤٨ - ١٥٠ - تنوير الأبصار
وشارحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين جزء / ٢ صفحة ٣٥٤ وما بعدها .

كان مثلها معينا بالوصف وغير معين بالتعيين فانه يشبث حقا للزوجة في ذمة الزوج ، واذا كان المهر معينا فان ملكية الزوجة له تثبت مباشرة بدون توسط ذمة الزوج .

ومتى ثبت حق الزوجة في المهر بالعقد فان للزوجة ان تقبضه بمجرد العقد ما لم يكن هناك شرط أو عرف بتأجيل بعضه .

والزوجة هي التي لها حق قبض المهر ما دامت بالغة عاقلة رشيدة

فهى اذا قبضته برئت ذمة الزوج منه وكذلك اذا وكلت غيرها في قبضه سواء اكانت بكرا أو ثيبا ، والتوكيل يجب ان يكون صريحا في القبض اذا كان لغیر الاب أو الجد في البكر ، ويجب ان يكون صريحا في جميع الاحوال في الثيب ، فلا يشترط في التوكيل بالنسبة للبكر اذا كان للاب أو الجد في قبض المهر كونه صريحا بل يكفى فيه ان يكون هناك ما يدل على رضاها بقبضها المهر نيابة عنها ويعتبر سكوتها رضا منها بذلك .

ووجه الفرق في هذه المسألة بين البكر والثيب ان العادة جرت في البكر ان والدها ومثله جدها الصحيح هو الذى يتولى تزويجها وقبض مهرها والقيام بتجهيزها وقد يدفع على المهر اضعافه فاذا لم يوجد نهى صريح من البكر لاحد منهما عن قبض المهر ففي هذا دلالة على رضاها بما جرت به العادة في ذلك وهذا الذى في البكر ليس في الثيب اذ ان العادة جارية بانها هي التى تتولى امر نفسها .

واذا كانت الزوجة محجورا عليها حجرا ماليا كان تكون مجنونة أو معتوهة أو سفیهة أو ذات غفلة أو تكون صغيرة فان ولاية قبض المهر تكون لمن له الولاية على مالها فهو المهود له المحافظة على اموالها وادارتها . والولى على المال قد يكون هو الولی على النفس كالاب والجد الصحيح ، فهنا يكون للولى تزويج من هى في ولايته بما له من الولاية على نفسها ، له حق قبض مهرها بما له من ولاية على مالها .

وإذا كان الولي على النفس غير الولي على المال كأن يكون الولي العاصب هو الاخ الشقيق أو العم ويكون للزوجة وصي من قبل المحكمة منوط به امورها المالية فان الذى يقبض المهر هنا هو الوصي لا الولي الذى تكون له فقط ولاية التزويج ، فاذا قبض الولي المهر فان الزوج لا تبرأ ذمته منه (١) . ويكون للزوجة بعد زوال سبب الولاية عليها ان تطالب الزوج بمهرها ، ولا يكون امامه الا ان يدفعه لها وهو وشأنه مع من دفع اليه أولا .

١٩٣ - وما دام ان المهر لا يلزم قبضه عقب العقد كأن يكون مؤجلا بعضه بشرط أو عرف فان الزوجة بقبضها الجزء المعجل منه تلزمها طاعة زوجها ، اما اذا لم تقبض هذا المعجل فليس له عليها حق الطاعة ونتيجة لذلك ان امتنعت عن الانتقال الى بيته يكون هذا الامتناع بحق شرعى .

ولكن ان دخل الزوج بزوجته برضاها أو اختلى بها قبل ان تقبض الجزء المعجل من المهر فقد قال الصحابان انه ليس لها ان تمتنع بعد ذلك لان الدخول أو الخلوة برضاها فيه تنفيذ للعقد من جانبها من كل وجه فدل على انها اسقطت حقها في طلب معجل المهر قبل الدخول فيسقط حقها في الامتناع حتى يقدم هذا المعجل ومتى سقط هذا الحق فانه لا يعود .

وقال ابو حنيفة ان لها الحق في منع نفسها عنه حتى بعد الرضا بالدخول أو الخلوة من قبل دفع المعجل من المهر لان احكام الزواج من جانبها لا تستوفى دفعة واحدة بل تستمر في الاستيفاء مادام العقد

(١) معلوم ان الولاية على المال تكون عند الحنفية للاب ثم لوصيه ، ثم للجد ثم لوصيه . وبعد هؤلاء تكون الولاية المالية للقاضي ولوصيه . فغير الاب والجد الصحيح من الاولياء اذا لم يعينه القاضي وصيا على المال فانه لا تكون له ولاية على مال من هو في ولايته . وأمره قاصر هنا على ولاية التزويج لما يلحقه بالزواج من الفخار أو العار .

(م ١٣ - الأحوال الشخصية)

بافيا ثابت الاحكام وعلى ذلك فرضاؤها بعشرته من غير تقديم ما يجب تقديمه من المهر مسقط لحقها في منع نفسها في الماضي ولكنه ليس يعتبر اسقاطا لحقها في المستقبل وقد يكون الرضاء منها بالعشرة قبل تقديم المهر لرجاء التعجيل بالدفع فاذا لم يفد ذلك فلها منع نفسها عن الزوج حتى تقبض معجل احكام المهر .

١٩٤ - وقد حكم بأن المهر ملك خاص للمرأة واذا كانت صغيرة فولاية قبض مالها لمن نه الولاية على مالها ، وهو أبوها ثم وصيه ثم جدها الصحيح ثم وصيه ثم القاضي ثم وصيه واذا لم يوجد أحد من المذكورين فليس لأحد آخر ولاية قبض مهرها لعدم ولا يتهم على مالها حتى أمها اذا لم تكن وصية عليها ، فاذا قبض واحد من غير الأولياء على مالها مهرها من الزوج فلا تبرأ ذمته بذلك ، وللزوجة اذا بلغت أن تطالب به ، وهو يرجع به على من أقبضه اياه الا اذا كان القابض وصيا .

أما الكبيرة المطلقة فهي التي تقبض مهرها بنفسها ، وليس لأحد أيا كان قبض مهرها ، سواء أكانت بكرا أم ثيبا .

والوكيل في النكاح سفير ومعبّر فقط وتنتهي وكالته بانتهاء عقد الزواج فقبضه المهر بهذه الصفة غير معتبر ، ولا يسرى على الزوجة سواء أكانت وقت العقد عليها قاصرة أم بالغة ، ولها حق المطالبة به ، وان تمنع نفسها من الطاعة ما بقى لها منه شيء ، ولا تعد ناشزا (١) .

وحكم بأن للأب والجد ولاية قبض صداق البكر البالغة ، وليس لغيرهما من الأولياء ولاية ذلك (٢) .

(١) العياط الشرعية ١٩٢٩/٢/١١ المحاماة الشرعية س/٢ ع/٣ ص ٢٦٧ رقم ٢٤ ، وقد تأيد في الاستئناف . وهو قد اقتبس هذه الأحكام من باب المهر في كتب : الهداية والعناية والفتح والدر المختار ورد المختار والفتاوى المهدية في باب المهر في جميعها .

(٢) السيدة الشرعية ١٩٣٠/٦/٢٢ ، المحاماة الشرعية ، س / ٢ ع/٣ ص ٢٨٠ رقم ٣١ . وقد تأيد استئنافيا .

ولعل ما قرره هذا الحكم اعتمادا على سكوت البكر باعتباره من قبيل الرضا بالقبض بالوكالة عن الزوجة ، اذ قبضهما بغير نيابة غير معتبر في البكر البالغة ، والعادة قد جرت في البكر البالغة أن الذى يقوم بالتزويج وقبض المهر والقيام بتجهيز البيت هو الأب ، ومثله الجد الصحيح ، بل كثيرا ما يدفعان في الجهاز أضعاف المهر ، حتى انه قد حكم بأن دعوى البنت على والدها أداء مقدم الصداق اليها بدعوى عدم تجهيزها به من الدعاوى التى يكذبها الظاهر ، وما استفاض في العرف أن الأب يجهز ابنته بمهرها وزيادة ، فلا تكون مسموعة شرعا^(١) .

المطلب العاشر

ضمان المهر

١٩٥ - لا نزاع في ان الزوجة اذا قبضت المهر عند انشاء العقد فقد استوفت بذلك حقها وبرئت ذمة الزوج بهذا القبض . اما اذا لم تقبض المهر وكان مثليا غير معين بالتعيين فهو حق لها في ذمة الزوج ، واذا كان معينا بالتعيين ولم تستلمه الزوجة فهو في ضمان الزوج حتى يسلمه اليها . والزوجة لها ما دام المهر في ذمة الزوج أو في ضمانه ان تأخذ من الزوج رهنا للاستيثاق من حصولها على حقها ولها ان تأخذ لهذا الغرض كفلا . والكفالة من عقود التبرعات لان بها يلتزم الكفيل بما لم يكن مطالبا به وهو لا يرجع على الاصيل اذا لم تكن الكفالة بامر ، وهى حتى وان كانت بامر الاصيل فهي تبرع ابتداء لان فيها يلتزم الكفيل باداء ما على غيره فضلا عن ذلك قد يذهب دينه قبل الاصيل ان لم يمكنه الاداء بمثل الافلاس . والكفالة تبرع للزوجة وهى الدائنة وتسمى **الكفول له** ، وهى ايضا تبرع للزوج وهو الدين ويسمى **بالكفول عنه** .

(١) محكمة الجيزة الشرعية ، ١٩٣٥/٦/٥ ، المحاماة الشرعية ، س / ٧

ع/٩ ، ١٠ ص ٨٥٠ رقم ٢٣١ .

١٩٦ - وما دامت الكفالة تبرعا فان احكام التبرعات تطبق عليها ومن ذلك ان الكفيل اذا كفل في حال صحته فان كفالته صحيحة لازمة مهما كان مقدارها وايا كان المكفول له والمكفول عنه . واذا كان الكفيل حال الكفالة مريضا مرض الموت فان الكفالة تسرى عليها احكام الوصية فتتقيد الكفالة بثالث التركة فاذا كان المهر المضمون في حدود هذا الثلث فالضمان سار حسب الاتفاق وان كان المهر أكثر من الثلث فالضمان صحيح في حدود الثلث من غير اجازة الورثة لان هذا هو حكم الوصية وهذا اذا لم يكن احد الزوجين من ورثة الكفيل . اما اذا كان احدهما من ورثته فان الكفالة لا تنفذ كلها مهما كان مقدارها الا باجازه الورثة لان الكفالة تأخذ حكم الوصية والوصية لو ارث لا تنفذ الا باجازه الورثة وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية . وقد تغير الوضع في جمهورية مصر العربية بالقانون رقم ٧١ سنة ١٩٤٦ الخاص بالوصية فانه جعل الوصية لو ارث كالوصية لاجنبى فهي تنفذ بالنسبة لكليهما في حدود الثلث دون اجازة الورثة ، وبناء على ذلك تكون الكفالة نافذة في حق الورثة بدون اجازة في حدود الثلث سواء كانت لو ارث أو لاجنبى .

والزوجة لها ان تطالب زوجها بالمهر فاذا اداه لها برئت ذمته منه وبرئت كذلك ذمة الكفيل ، ولها ان تطالب الكفيل بمهرها فاذا وفي لها المهر فان له الرجوع بما دفع على الزوج الذى كفله اذا كانت الكفالة بامر الزوج لان هذا هو الحكم في عقد الكفالة ، والا فانه لا يرجع عليه بشيء مما اداه عنه لأن الكفالة اذا لم يكن الكفيل مأمورا بها فانها تبرع ابتداء وانتهاء . والزوجة لها مطالبة ورثة الكفيل بالمهر اذا مات دون ان تكون قبضته ، وهؤلاء يرجعون بما دفعوا على الزوج .

١٩٧ - واذا كفل الاب ابنه الصغير الذى في ولايته في المهر واداه عنه فان له الرجوع بما ادى عنه في ماله بشرط ان يشهد عند الكفالة أو عند الاداء انه نوى الرجوع .

وعدم الرجوع عند عدم الاشهاد هو مقتضى الاستحسان لان الاب يتحمل عن ابنه عادة بلا طمع في الرجوع والثابت بالعرف كالثابت بالنص . اما عند الاشهاد فان هذا صريح في رغبة الاب الرجوع في مال ابنه فلا يحتج عليه بالعرف وكان القياس يقتضي ان يرجع الاب على ابنه بما اداه عنه لان غير الاب وضمن باذن الأب وادى يرجع في مال الصغير فكذا الأب لأن قيام ولايته عليه في الصغير بمنزلة امره بعد البلوغ . واذا مات الاب الكفيل قبل ان يؤدي المهر المكفول للزوجة فان لها ان تطالب بهذا المهر في تركة الاب الكفيل وباقي الورثة يرجعون بما يدفع في مال الصغير . لان الكفالة كانت صحيحة فلا تبطل بالموت ومثل الصغير في الحكم المجنون لانه مولى عليه كالصغير .

واذا كان الكفيل في مهر الصغير ومن في حكمه غير الأب فانه يرجع بما ادى على الزوج سواء اكان اشهد عند الكفالة أو عند الاداء على انه كفيل او ادى ليرجع على الصغير أو من في حكمه أو كان لم يشهد لان العرف في غير الاب لم يجز بما جرى به في حالة الاب .

١٩٨ - واذا زوج الاب الصغير أو من في حكمه ولم تكن هناك كفالة فان الأب هنا يلزم بان يدفع للزوجة مهر الزوج من مال الزوج لو كان عنده مال لأن له الولاية في ماله كما له الولاية على نفسه . واذا لم يكن له مال فهل يطالب الاب بان يدفع المهر اذا لم يكن قد كفل ابنه الصغير أو من في حكمه؟

لدى الحنفية المهر ليس واجبا على الاب لا بالاصالة لان المهر حكم من احكام الزواج فيثبت على الزوج لزوجته فلا يثبت على الاب . وهو ايضا ليس واجبا عليه بالكفالة لان الفرض انه لم يكفل ابنه في المهر .

ومذهب الاثمة الثلاثة مالك والشافعي واحمد في رواية عنه ان الاب اذا عقد زواج ابنه الفقير يكون هو المطالب بالمهر ولو كان الابن الفقير كبيرا تولى هو العقد بالوكالة عنه ، وعلى هذا الرأي لو ادى الوالد المهر عن ابنه الفقير فليس له الرجوع عليه بما دفع اذا ايسر . ولو مات قبل الأداء فان المهر يؤخذ من التركة لا من نصيب الابن .

١٩٩ - وقد حكم بأن سبب وجوب الصداق على الزوج هو عقد النكاح ، وسبب وجوب أدائه على الكفيل عقد الكفالة الذى هو التزام من الكفيل وحده بأداء ما وجب ، على الزوج من ماله الخاص .

ويجب على الكفيل أداء جميع ما التزم بأدائه من الصداق للزوجة . وليس له أن يمنعها شيئاً منه بوفاة الزوج متى كانت التركة لم تقسم ، ولم يستول أحد من الورثة على نصيبه منها ، ولم تطلب الزوجة حقها في الصداق من تركة الزوج المتوفي . ولا يلزم الزوجة يمين الاستظهار عند طلبها مؤخر صداقها من الكفيل بمقتضى عقد الكفالة ، لأن اليمين حق للتركة ، وهى لم تطلب شيئاً منها (١) .

وحكم بأن والد الصغير الفقير لا يلزم بمهر زوجة ابنه الا اذا ضمنه وظاهر أن هذا الحكم اعتمد مذهب الحنفية في هذا الأمر (٢) .

المطلب الحادى عشر

متاع البيت

٢٠٠ - المهر الذى تقبضه الزوجة يكون حقاً حالصاً لها وهى تتصرف فيه بكافة أنواع التصرفات لأن هذا هو الشأن في اموالها وهو قد صار في عداد اموالها . ولم يوجب الشرع المهر للزوجة مقابل اعدادها البيت . فليس عليها أى التزام من هذا القبيل وليس هناك التزام بذلك على أبيها . والزوج هو الذى عليه اعداد البيت وتجهيزه بالاثاث وغيره حتى يكون صالحاً لسكنهما لأن عليه المسكن ويدخل في ذلك ان يكون هذا المسكن معداً والمسكن شعبة من شعب النفقة التى هى على الزوج لزوجته .

(١) محكمة أسبوط الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٦/٨/٢٣ ، المحاماة الشرعية ، س/٧/ع/٩ ، ١٠ ص ٨٢٤ رقم ٢٢١ .
 (٢) كفر الزيات الشرعية ، ١٩٣٠/٤/٢٩ ، المحاماة الشرعية ، س/١ ع / ٧ ص ٦٣٢ رقم ١٧٦ ، وقد نقل هذا الحكم عن باب المهر من متن الدر وشرحه وحاشية ابن عابدين .

وعلى ذلك فالزوج لا يستطيع ان يلزم الزوجة بأن تحضر له معها متاع بيته فاذا حضرت اليه بغير شيء من هذا القبيل مطلقا فليس له عليها من سبيل ولا يستطيع ان يطلب منها الجهاز مهما كان دفع لها من مهر فهذا شيء وذلك شيء آخر .

ومع ذلك فان العادة قد جرت على ان المرأة هي التي تعد الجهاز ، بل ان اقاربها ينفقون كثيرا في هذا السبيل وقد يتجاوز ما يدفعونه اضعاف ما قدم من مهر . وقيام الزوجة هكذا باعداد الجهاز ليس الا تبرعا منها وهي تملك هذا الجهاز وليس هناك ما يلزمها بان يستعمله زوجها وهو ان فعل ذلك رغما عنها كان غاصبا فيكون لها استرداده شرعا او قيمته او مثله ان علك او استهلك في يد زوجها سواء كان ذلك والزوجية قائمة بينهما او بعد الفرقة (١) .

٢٠١ - لكن ما الحكم ان قدم الزوج لزوجته مالا فوق المهر مقابل ان تعد هي الجهاز او تعد جهازا من نوع خاص .

في هذه الحالة نفرق : فان كان المال الذي دفعه منفصلا عن المهر واشترط كونه مقابل الجهاز او الجهاز الخاص او كان العرف جرى بذلك ففي هذه الحالة اذا زفت اليه بغير جهاز او بجهاز يخالف المشترط او الذي جرى به العرف فان الزوج له ان يسترد المال الذي دفعه لاجل اعداد الجهاز او اعداد جهاز من نوع خاص . ويكون تكييف هذا الاعطاء انه هبة مشروطة بالعوض فله الرجوع عنها ان لم يتحقق ما شرط او ما جرى به العرف .

(١) ما ذكر في الصلب من حيث كون اعداد البيت على الزوج دون الزوجة هو مذهب الحنفية وجمهور الفقهاء . ورأى المالكية مقتضاه ان الجهاز واجب على الزوجة في نطاق ما قبضته من مهرها وما تجرى به العادة بين امثالها فان لم تكن قبضت شيئا من المهر فليس عليها جهاز الا اذا كان العرف يوجب عليها جهازا او كان الزوج شرط عليها ذلك . فالجهاز في مذهب مالك على الزوجة في حدود المهر المقبوض الا اذا كان العرف يوجب الزيادة عن المقبوض او كان هناك شرط بذلك .

- ٢٠٠ -

ولكن اذا زفت اليه امرأته بغير جهاز أو بجهاز غير المشروط أو غير ما جرى به العرف وسكت الزوج على ذلك ولم يطلب جهازا أو لم يطلب الجهاز المطلوب فلا يكون له الرجوع عليها بشيء لأن سكوته دل على انه دفع تبرعا من غير عوض .

واذا لم يدفع المال منفصلا عن المهر بل زيد في المهر بقصد احضار جهاز أو احضار جهاز من نوع خاص فقد حصل الخلاف في هذه المسألة :

ف قيل ان المهر المسمى يجب كله للزوجة بلا نقص ولا يكون على الزوجة احضار جهاز أو جهاز من نوع خاص لان المهر كله خالص حق الزوجة ولا يغير من ذلك ان يزيد مهما كانت هذه الزيادة بدليل قوله تعالى : « وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا » .

وقيل بان الزوجة هنا يجب ان تحضر الجهاز او تعد الجهاز المخصوص وهي ان لم تقم بذلك فان الذي يجب لها هو مهر المثل لا المهر المسمى لأن الزوج ما قبل الزيادة في مهرها الا في مقابل تقديم جهاز أو ان يكون الجهاز من نوع خاص ، فاذا هي لم تنفذ ذلك كان رضاه بالزيادة على مهر المثل منعما . وهذا نظير ما اذا سمي الزوج في العقد مهرًا يزيد على مهر مثل زوجته في نظير وجود وصف في الزوجة له فيه منفعة كالبركة فان تخلف هذا الوصف وجب مهر المثل لا المسمى بشرط الا يزيد عن المسمى ، فكذا هنا .

٢٠٢ - قيام الأب بتجهيز بنته :

لا جدال في ان المرأة اذا جهزت نفسها فان هذا الجهاز يكون مملوكا لها ويستوى ان تكون قد اشترته هي او اشتراه غيرها من مالها او من مهرها . لكن ان قام الاب بتجهيز بنته من ماله هو على ان يكون ملكا لابنته فان هذا يكون هبة منه اليها ، وياخذ هذا الحكم أيضا ان تدفع الام في تجهيزها لابنتها أشياء من أمتعة الأب بحضرته وعلمه وكان ساكتا وزفت الى الزوج فليس للاب ان يسترد ذلك من ابنته لجريان العرف به ومثله أيضا ان تنفق الام في جهاز البنت ما هو معتاد والاب ساكت . ففي مثل هذه الحالات يكون اذن الأب موجودا دلالة .

- ٢٠١ -

وما دام ان ما يقدمه الاب لبنته هكذا يأخذ حكم الهبة فان هذه الهبة لا تتم الا بالقبض اذا كانت البنت كبيرة بالغة ولا تمتلك هي الجهاز بنفس شراء الأب له بخلاف ان تكون في ولايته المالية كان تكون صغيرة او مجنونة فهنا تمتلك الجهاز بنفس الشراء قبل ان تتسلمه لأن له عليها ولاية مالية فيده لها صفة النيابة عنها في قبض الهبات فبمجرد الشراء بقصد الهبة لها تمتلك هي الجهاز بالقبض او بالشراء على ما مر فلا يكون للاب في حياته ولا لاحد من ورثته بعد موته ان يسترد الجهاز منها بل تختص به هي ، ومرد عدم الاسترداد ان الجهاز صار بالقبض أو الشراء موهوبا لها من والدها وبينهما فراة محرمية وهي من موانع الرجوع في الهبة .

والهبة تبرع كما سبق وعلى ذلك فالأب ان كان وقت الشراء او وقت القبض صحيحا فان تبرعه يكون في الصحة وينفذ تبرعه هذا بدون توقف على اجازة احد مهما كانت قيمة هذا الجهاز بالنسبة لمال الأب ، اما اذا كان وقت الشراء او وقت القبض على حسب الأحوال مريضا مرض الموت فان تصرفه هذا يأخذ حكم الوصية فلا ينفذ الا باجازه الورثة ، مهما كانت قيمته ولو لم يتجاوز ثلث التركة ، وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية ولكن على المعمول به في جمهورية مصر العربية يكون التبرع نافذا دون اجازة الورثة ما دام في حدود ثلث التركة يستوى في هذا الحكم كونه لوارث أو لغير وارث ، فان زاد عن الثلث احتاج لاجازة الورثة فيما جاوز الثلث (١) .

الاختلاف في متاع البيت :

٢٠٣ - قد يكون الاختلاف في متاع البيت بين الوالد أو ورثته من جهة وبين بنته أو ورثتها من جهة أخرى . وقد يكون الاختلاف بين الزوجين أو ورثتهما .

(١) تنوير الأبصار وشارحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين جزء ٢/ صفحة ٣٧٥ وما بعدها .

فان كانت الأولى فوضع المسألة ان يقوم الأب بتجهيز ابنته من ماله هو ولا يصرح حال الشراء ان كانت البنت فاقدة الأهلية أو ناقصتها أو حال تسليمها الجهاز ان كانت كاملة الأهلية ان كان هذا الجهاز هبة منه لها أو انه فقط على سبيل العارية ، فقد يقع النزاع بين الأب وبنته بعد ذلك هو يدعى ان الجهاز كان عارية فله استرداده منها وهى تدعى ان الجهاز كان على سبيل الهبة فليس له ذلك بل قد صار ملكا لها بالهبة . وقد يكون هذا النزاع بين ورثة الأب وبين البنت او ورثتها وقد يكون بين الأب نفسه وورثة ابنته .

ففى هذا الحال يكون القول لمن يشهد الظاهر له بيمينه فان كان الظاهر يشهد للاب او لورثته فالجهاز عارية وان كان يشهد للبنت او لورثتها فالجهاز هبة . وعلى ذلك يكون الجهاز عارية اذا كان العرف مستمرا أى غالبا ان الأب لا يدفع مثل الجهاز المختلف عليه هبة بل عارية وبالعكس يكون الجهاز هبة اذا كان العرف المستمر يشهد بان الأب يدفع مثله جهازا لا عارية ، واذا كان العرف مشتركا كان يكون عرف البعض من أهل البلد بان الجهاز يعتبر هنا هبة وعرف البعض بانه يعتبر عارية ، ولم يمكن تغليب عرف منهما على الآخر فقد اختلف الرأى في هذه المسألة ، فقيل ان القول هنا هو قول الأب بيمينه لأن ذلك يتصل بإرادته وهو المعطى فكان ادرى من غيره ان كان الاعطاء بقصد التملك أم بقصد العارية ومثله ورثته من بعده لأنهم يخلفونه في ماله وعلى ذلك فهم اعلم من غيرهم بجهة ما كان له من تصرف . وقيل ان القول قول البنت لأنها واضعة اليد وهو دليل الملكية ظاهرا فكان الظاهر يشهد لها .

ويلاحظ انه اذا اقام احد الطرفين البينة على مدعاه فانه يحكم له على مقتضى هذه البينة . واذا اقام كل من الطرفين بينة مقبولة فان البينة التى تسمع هى التى تكون خلاف الظاهر وعلى ذلك فان البينة التى تخالف العرف في محل النزاع هى التى تقبل^(١) .

(١) تنوير الابصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين جزء ٢/ ص ٣٧٦ ، ٣٧٧ وقد جاء به ان صاحب النهر استحسن تبعا لقاضيخان انه ينبغي ان =

٢٠٤ - وقد يكون الخلاف في الجهاز بين الزوجين هو يدعى انه ملكه وهى تدعى انه ملكها فان اقام احدهما البينة على دعواه قبلت سواء كان المتاع المختلف فيه مما يصلح للرجال فقط كادوات العيادة والزوج طبيب أو الكتب وهو معلم ، أو مما يصلح للزوجة فقط كالحلى وثياب النساء وادوات الخياطة ، أو مما يصلح لهما معا مثل السجاجيد والمفروشات .

وان اقام كل منهما بينة على مدعاه فان البينة التى تقبل هى التى تثبت خلاف الظاهر فمثلا بينة الزوجة على ان الكتب لها هى التى تقبل وبينة الزوج على ان الحلى له هى التى تقبل لان كلا منهما تثبت خلاف الظاهر من ان الكتب للرجل فقط والحلى للمرأة فقط . واذا كان المتاع المختلف عليه مما يصلح لهما معا فان البينتين تسقطان لأنه ليس هناك لاحدهما ما يرجحها على الاخرى .

واذا لم تكن هناك بينة فان ما يصلح للرجال فقط فهو للزوج بيمينه وما يصلح للزوجة فقط فهو للزوجة بيمينها . اما ما يصلح للزوج وللزوجة فقد اختلف فيه الرأى في المذهب الحنفى فقال زفر ان ما يصلح للزوج والزوجة هنا يكون لهما مناصفة لان قيام الزوجية مثبت لبيدهما معا على كل ما في البيت واليد هى دليل الملكية ظاهرا فيكون المتاع لهما ما لم ترجع دعوى احدهما ببينة أو بظاهر آخر يشهد له .

وقال ابو حنيفة ومحمد ان القول قول الزوج في كل ما صلح لهما من متاع البيت لان يده متصرفه ويدها حافظة واليد الاولى هى يد الملك ولذلك دلت على الملكية لان الظاهر يشهد له .

وقال ابو يوسف ان القول قولها فيما جرى العرف على ان تدخل به مثلها لان العرف قد جرى على ان المرأة لا تدخل بيت زوجها الا بجهاز

= يقال ان الأب اذا كان من الاشراف لم يقبل قوله انه عارية وان كان ممن لا يجيز البنات بمثل الجهاز المختلف عليه قبل قوله . وقد علق ابن عابدين على ذلك بقوله : لعل وجه الاستحسان مع انه لا يغير القول المعتمد انه تفصيل له وبيان لكون الاشتراك الذى قد يقع في بعض البلاد انما هو في غير الاشراف .

- ٢٠٤ -

يليق بها فكان الظاهر شاهدا لها . اما ما زاد عن ذلك فالقول قول الرجل لان يده عليه فالظاهر بالنسبة لهذا الزائد شاهد له .
ونرى ان رأى ابي يوسف في هذه المسألة هو الاولى بالاعتبار لجريان العادة على مقتضاه .

والذى قيل في حالة كون النزاع بين الزوجين يقال في حالة كونه بين ورثتهما أو بين ورثة الزوجة مع الزوج ، اما اذا كان الخلاف بين ورثة الزوج مع الزوجة في الاثاث الذى يصلح للرجال وللنساء فان القول في هذا الامر عند ابي حنيفة هو قول الزوجة لا قول ورثة الزوج لان الظاهر شاهد لها اذ هي الواضعة اليد على محل النزاع فيكون القول لها مع يمينها .

٢٠٥ - وقد حكم بأنه اذا اختلف الزوجان في متاع البيت وكان مما يصح استعماله لكل منهما فالقول فيه للزوج بيمينه لأنه صاحب اليد .
وأنه اذا تلف متاع الزوج باستعمال زوجته مع اذنه لها بالاستعمال فلا يكون مضمونا عليها .
واذا ادعى الزوج بقاء متاعه وأنكرت الزوجة ذلك ولا بينة له حلفت ورفضت دعواه (١) .

المطلب الثانى عشر

القانون اللبنانى واحكام المهر

٢٠٦ - نص قانون حقوق العائلة بالنسبة لتأجيل المهر وتأخيرته في المادة ٨١ منه على انه : « يجوز تعجيل وتأجيل المهر المسمى تماما أو قسما منه » ، وفي المادة ٨٢ على انه : « اذا اجل المهر لمدة معينة فليس للزوجة

(١) محكمة القصير الشرعية في ١٣/٩/١٩٣٢ المحاماة الشرعية س/٦ ع/١، ص ٢١٥٠ رقم ٤١ . ولم يستأنف الحكم فصار نهائيا .

- ٢٠٥ -

المطالبة به قبل حلول الاجل ولو وقع الطلاق بينهما ، اما اذا توفى الزوج فيسقط الاجل ، واذا لم تعين مدة فيعد مؤجلا لوقوع الطلاق أو لوفاة احد الزوجين » .

٢٠٧ - ونص فيه بالنسبة لانواع المهر في المادة ٨٠ على ان : « المهر مهران : اما المهر المسمى وهو الذى سماه الطرفان ، قليلا كان أو كثيرا ، أو مهر المثل وهو مهر امرأة تقارنها وتمائلها من قوم ابوها ، وان لم يوجد فمن اهالى بلدها » : فهذه المادة ان المهر قد يسمى في العقد فان لم يكن فالواجب هو مهر المثل ، ويلاحظ ان مهر المثل طبقا لهذه المادة يعتبر بمهر اهالى بلدة الزوجة اذا لم توجد امرأة من قوم ابوها تقارنها وتمائلها ، وكان الاحسن في هذه الحالة الاخيرة ان ينص على ان يعتبر مهر المثل بمهر المرأة من اسرة كاسرة ابوها منزلة لان اعتبار امرأة من اهالى بلد الزوجة فقط قد يوقع في عدم التماثل .

٢٠٨ - وبالنسبة للاحوال التى يلزم فيها المهر بتمامه نصت المادة ٨٣ من قانون حقوق العائلة على انه : « اذا سمي المهر في العقد الصحيح وتوفى احد الطرفين أو وقع الطلاق بعد الاجتماع الصحيح يلزم المهر المسمى تماما . » فهذا النص ذكر الموت مؤكدا للمهر ولم يفرق بين موت وموت ، كما جعل المهر مؤكدا بتمامه اذا حصل الطلاق بعد الاجتماع الصحيح . وهو لم يفصح عن مقصوده بعبارة الاجتماع الصحيح . فان كان يقصد بها الخلوة الصحيحة فان الدخول يؤكد المهر بتمامه من باب اولى طبقا لهذا النص ومما يرجح هذا المعنى ان القانون عندما يريد الدخول الحقيقي يعبر عنه بكلمة : المقاربة ، كما فعل في المادة ٨٥ منه ومن قبلها المادة ١٩ . ويلاحظ ان الكلام هنا في حالة كون المهر مسمى وكون التسمية في زواج صحيح .

وبالنسبة لسقوط نصف المهر نصت المادة ٨٣ ايضا على انه : « . . . اذا وقع الطلاق قبل الاجتماع الصحيح يسقط نصف المهر المسمى ، وهذا النص في الزواج الصحيح اذا كانت هناك تسمية للمهر . »

وقد نصت هذه المادة على ان المهر المسمى يسقط بتمامه اذا وقع الفراق من طرف الزوجة باحدى الصور كما لو فرق الزوجة وليها بسبب عدم الكفاءة . وهذا النص مثل بحالة تكون فيها الفرقة من قبل الزوجة ، وعلى ذلك فيمكن تطبيقه في كل حالة من هذا القبيل سواء اكان السبب مشروعاً أو غير مشروع . ومن السبب المشروع ما مثلت به المادة آنفاً ، ومن السبب غير المشروع ردتها عن الدين الاسلامي .

٢٠٩ - وقد ذكرت المادة ٨٤ متى يجب مهر المثل ومتى تجب المتعة فقالت : « اذا لم يسم المهر في العقد الصحيح أو سمي وكانت التسمية فاسدة ثم توفي احد الطرفين أو وقع الطلاق بعد الاجتماع الصحيح يلزم مهر المثل اما اذا وقع الطلاق قبل الاجتماع الصحيح تلزم المتعة (وهي عبارة عن قميص وازار وملحفة) وتعين المتعة حسب العرف والعادة » على شرط ان لا تتجاوز مهر المثل : وظاهر من هذا النص ان مهر المثل يتأكد بتمامه في العقد الصحيح الذي لم يسم فيه المهر أو سمي تسمية فاسدة بما يتأكد به المهر المسمى وقد نصت على ذلك المادة السابقة على هذه . لكن اذا حصل الطلاق قبل الاجتماع الصحيح فان المتعة هي التي تلزم . وهذا يدل على ان المتعة تلزم بدلا عن نصف مهر المثل لانه لا يتنصف . والنص على ان المتعة هنا لازمة فيه اتباع لرأى جمهور الفقهاء الذي يقول بوجود المتعة خلافا لرأى مالك الذي يقول انها مستحبة فقط . وقول النص ان المتعة هي قميص وازار وملحفة هو قول تأثر فيه الشارع اللبثاني بما صرح به الفقه من ان المتعة هي الكسوة الكاملة التي تلبسها المرأة عند خروجها وهي محددة بالعرف .

٢١٠ - وقد ذكرت المادة ٨٥ اثر الدخول في المهر بالنسبة للنكاح الفاسد فقالت : « اذا وقع الفراق بعد المقاربة في العقد الفاسد فان سمي المهر يلزم اقل المهرين من المهر المسمى ومهر المثل وان لم يسم أو سمي فاسدا فيلزم مهر المثل بالغا ما بلغ . اما اذا حصل الفراق قبل المقاربة فلا يلزم مهرا اصلا » ويتبين من هذا النص ان الفرقة اذا حصلت في النكاح الفاسد قبل الدخول فانه لا يلزم الزوج بمهر مطلقا وهذا ظاهر لان العقد الفاسد ليس معتبرا شرعا فلا يترتب عليه اى اثر والمهر من احكام العقد الصحيح .

اما اذا حصل دخول في العقد الفاسد فان المهر يجب بالدخول لا بالعقد الفاسد،
واذا كان المهر يجب هنا فان كان قد سمي في العقد فان الذي يجب هو
الاقل من المسمى ومهر المثل فان سمي مهر اقل من مهر المثل فهو الذي يجب
دون مهر المثل لانه وان كان مهر المثل هو الذي يجب اصلا لكنها رخصت
بالمسمى وهو الذي عليه ابو حنيفة وصاحبا خلافا لزفر الذي يوجب مهر المثل
بالغا ما بلغ لأن العقد الفاسد لا تترتب عليه آثار وهذا يستتبع فساد التسمية
في العقد فلا ينظر اليها ويجب مهر المثل . وان كان المسمى ازيد من مهر المثل
فان الذي يجب هو مهر المثل اذ هو الواجب الاصلى هنا فلا يصار لما سمي
زائدا عنه لان التسمية مصدرها العقد والعقد فاسد لا يترتب عليه اثر والاثـر
ترتب بواقعة الدخول . واذا لم يكن قد سمي مهر أو سمي تسمية فاسدة
فان الذي يجب هو مهر المثل مهما بلغ .

٢١١ - ومما جاء بالقانون عن المالك للمهر ومن عليه الجهاز قول المادة

٨٩ : « المهر مال الزوجة ولا تجبر على عمل الجهاز منه » .

المبحث الرابع

النفقة

٢١٢ - تكلمنا عن المهر بوصفه حقا للزوجة على زوجها والان نتكلم عن النفقة وهي ايضا من حقوق الزوجة على زوجها .

والنفقة في اللغة ما ينفقه الانسان على عياله ونحوهم وهي مشتقة من التفوق وهو الهلاك ، يقال نفقت الدابة نفوقا : هلكت ، او هي مشتقة من النفاق وهو الرواج ، يقال نفقت السلعة نفاقا ، راجت ووجه التسمية ان بها يحصل هلاك المال ورواج الحال .

وهي في الشرع أو في الاصطلاح : الطعام والكسوة والسكن الذي يكون من الشخص على زوجته وعياله واقاربه ومماليكه ، ويدخل فيها ايضا الخدمة على ما سيأتى (١) .

٢١٣ - اسباب وجوب النفقة :

النفقة تجب على الانسان لغيره بواحد من اسباب ثلاثة : **الزوجية** **والقربة والملك** . وعلى ذلك فالزوجية هي سبب وجوب نفقة الزوجة على زوجها ، والقربة هي سبب وجوب نفقة القريب على قريبه ، والملك هو سبب وجوب نفقة المملوك على مالكه . اما نفقة المملوك على مالكه فسنذكر الكلام فيها الان لزوال الرق ، وأما نفقة القريب على قريبه فالكلام فيها عند الكلام عن احكام الاولاد وحقوقهم . والان نتكلم فقط في نفقة الزوجية في المطالب التالية :

(١) تنوير الابصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين جزء ٢ / صفحة

المطلب الأول

ادلة وجوبها وسببه وشروطها

٢١٤ - وجوب نفقة الزوجية :

نفقة الزوجة على زوجها واجبة بالكتاب والسنة والاجماع والقياس :

اما الكتاب : فمنه قوله تعالى : « والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف »^(١) والمراد بالضمير في كسوتهن ورزقهن الزوجات . وكذلك قوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله »^(٢) وهذا في حق المطلقات . وكذلك قوله تعالى : « اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم »^(٣) وهى في المطلقات ايضا ، والامر بالاسكان امر بالانفاق ، كما انه اذا كان الامر بالانفاق للمطلقات حال العدة فان النفقة تجب للزوجة حال قيام الزوجية من باب اولى .

واما السنة : فهي كثيرة ومنها قول الرسول ﷺ في حجة الوداع « اتقوا الله في النساء فانهن عوان عندكم ، أخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، لكم عليهن الا يوطئن فراشكم احدا تكرهونه ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » . ومنها كذلك ما روى في البخارى ومسلم ان هند بنت عتبة زوجة ابي سفيان جاءت الى الرسول ﷺ وقالت له : يا رسول الله ، ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى بنى الا ما آخذ من ماله بغير علمه . فقال ﷺ : « خذى من ماله بالمعروف ما يكفىك ويكفى بنيك » .

(١) سورة البقرة الآية رقم ٢٣٣

(٢) سورة الطلاق آية رقم ٧

(٣) سورة الطلاق آية رقم ٦ . والوجد معناه لغة ، اليسار والقدرة والغنى والسعة .

(م ١٤ = الأحوال الشخصية)

واما الاجماع : فقد انعقد منذ الرسول ﷺ حتى يومنا هذا على ان نفقة الزوجة على زوجها وان القاضي يلزمه بها اذا امتنع عنها وطلبتها الزوجة ، لم يخالف في هذا الاجماع احد .

واما القياس : فان من المقرر ان كل محبوس لمنفعة غيره يلزمه نفقته ومثل ذلك المفتى والقاضي والوالى فانهم لما كانوا محبوسين في مصلحة الدولة فيجب مقابل هذا الاحتباس على الدولة ان تعطيهم قدر ما يكفيهم ويكفى من تلزمهم نفقتهم ومثل هؤلاء كل عامل للدولة وكذلك المقاتلة الذين نصبتهم الدولة لدفع العدو . والزوجة مثل هؤلاء فلما حبست نفسها لزوجها وللبيت ولمنفعتها وجبت لها عليه النفقة مثلهم^(١) .

سبب وجوب نفقة الزوجية وشروطها

٢١٥ - السبب في وجوب نفقة الزوجة على زوجها هو عقد الزواج الصحيح ووجود الاحتباس أو استعداد الزوجة له . وعلى ذلك فيشترط لوجوب النفقة للزوجة على زوجها ان يكون هناك عقد زواج صحيح وان تكون الزوجة محتبسة لزوجها أو مستعلة لهذا الاحتباس . وبناء على ذلك اذا كان الزواج فاسدا فلا تستحق الزوجة نفقة زوجية وكذلك اذا كان الزواج صحيحا وفات الاحتباس بغير مسوغ شرعى وبسبب ليس من جهة الزوج . وفيما يلى نتعرض ببعض البيان لحالات لا يكون للزوجة فيها نفقة زوجية لفوات شروط وجوبها تطبيقا لما تقدم وذلك بعد ذكر بعض أحكام القضاء في الموضوع :

٢١٦ - وقد حكم بأن الزوجة تستحق النفقة على زوجها الذى كان ينكر زوجيتها من تاريخ دعواها الزوجية مهما تأخر الحكم بها^(٢) .

(١) تنوير الابصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين جزء ٢ / ص ٦٦٢ .

(٢) محكمة بنى سويف الابتدائية الشرعية في ٢٩/١٢/١٩٢٦ المحاماة الشرعية س/١/ع ٤/ رقم ٨٨ ص ٣٠٦ .

وبأنه تجب النفقة للزوجة المحكوم بزواجيتها التي كان الزوج ينكرها ابتداء من تاريخ الحكم بتلك الزوجية (مادام لم يستند الى تاريخ سابق عليه)
لأن مدة فيما قبله^(١) .

وبأنه لا يستمر فرض النفقة المفروضة بسبب أن الزوجية قائمة اذا انقطعت هذه الدورية ولا تعود بعودها بل لابد من فرض جديد^(٢) .
وبأنه لاحق للزوجة في مطالبة والد زوجها بنفقتها^(٣) .

وبأنه اذا طالبت الزوجة زوجها بفرض نفقتها وأمر والده بكفيله بأدائها فدفع هذا الكفيل بقيام الزوج بالانفاق عليها وأقام الدليل على دفعه تعين لهذا رفض الدعوى بالنسبة للاصيل والكفيل^(٤) .

وحكم بأن عدم الزفاف دليل عدم الانفاق عرفاً^(٥) .

وحكم بأن اقرار المدعى عليه بزواجية المدعية ومعاشرته لها كزوجة ووضعها منه بنتين في بطن لا يمنع من الحكم عليه بالزواجية الصحيحة تقريره أن ذلك بدون عقد ولا انفاق لأن معنى هذا قد يكون عدم تدوينه ككتابة

-
- (١) محكم منوف الشرعية في ١٩٣٠/١/٢٦ المحاماة الشرعية س / ٢
ع / ٣ رقم ٢٦ ص ٢٧٠ . وقد تأيد الحكم في الاستئناف .
(٢) محكمة بورسعيد الشرعية ١٩٣١/١٢/٥ المحاماة الشرعية س/٣
ع / ٦ رقم ١٦١ ص ٥٥٨ .
(٣) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٢٥/٧/٨ المحاماة الشرعية
س/٢ ع/٥ رقم ٥٤ ص ٤٥٤ .
(٤) محكمة شبراخيت الشرعية في ١٩٢٩/٤/٢٤ المحاماة الشرعية س/
٣ ع / ٨ ص ٧٥٦ . وقد تأيد في الاستئناف وانظر كذلك كفر الزيات الشرعية
رقم ٢٩ ص ٢٧٧ س / ٢ .
(٥) محكمة طنطا الجزئية الشرعية في ١٩٣١/٧/٢٣ المحاماة الشرعية س /
٣ ع/٤ رقم ٩٣ ص ٣٦٦ . وقد تأيد في الاستئناف .

بشكل رسمي ، خصوصا مع امتناع المدعى عليه عن الحضور الى المحكمة
لمناقشته لما قررت حضوره (١) .

وحكم بان الشهود على النكاح اذا لم يحضروا العقد تقبل شهادتهم
متى شهدوا بالشهرة ما لم يصرحوا بالسماع . وبأنه يحل للشاهد أن
يشهد بالنكاح متى رأى اثنين يتعاشران معاشرة الأزواج وبأن امتناع المسئول
عن الاجابة حين استجوابه عن الزوجية المدعاة عليه مما يعزز عدم صحة
انكاره لدعوى الزوجية (٢) .

وحكم بأنه اذا رفعت دعوى الزوجية استقلالا فانه يشترط لسماعها
بيان شرائط صحتها شرعا (جامع الفصولين في دعوى الزوجية) . وبأن اثبات
الزوجية يكتفى فيه بأحد ثلاثة أشياء : **الأول** التصديق على الزوجية بدون
حاجة الى شيء آخر . **الثاني** شهود العقد . **الثالث** الشهادة بحصول الزوجية
بناء على العشرة (جامع الفصولين في الشهادة بتسامع وشهرة) . وبأن العشرة
متى ثبتت كانت عشرة الزوجية لعشرة الصداقة لأن الشريعة الاسلامية لا تعرف
هذا النوع ولا تعترف به فمتى روى اثنان يسكنان في موضع أو بينهما انبساط
الأزواج وسع من رأهما كذلك أن يشهد بالزوجية بينهما وعلى القاضي أن
يقضي بها لأن الأعراض ليست محل تلاعب أو استهتار (٣) .

-
- (١) الجمالية الشرعية في ١٩٢٩/٣/٤ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ٢
ص ١١٥ رقم ٤٠ . وقد كانت الدعوى دعوى زوجية وأنكر المدعى عليه كلياً
وله اعتراف في شكوى بوليس بأنه تزوج المدعية بدون عقد وعاشرها كزوجة
ولم يكتب عليها حتى الآن . والمدعية قررت أن العقد حصل بإيجاب وقبول
أمام شاهدين مسلمين . وقد قالت المحكمة ان هذا عقد شرعي تثبت به
الزوجية بمجرد صدوره ولا يلزم تدوينه كتابة أو حصوله على يد مأذون رسمي
(٢) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣٠/١٢/٢٢ المحاماة الشرعية
س/ ٢ ع/ ٤ رقم ٤١ ص ٣٣٥ . وقد تأيد الحكم استئنافياً .
(٣) محكمة كرموز الشرعية في ١٩٣١/٧/٢٩ المحاماة الشرعية س / ٣
ع / ١ رقم ٢٣ ص ٩١ . وقد تأيد الحكم استئنافياً .

وحكم بأنه كما تثبت الزوجية بشهادة شهود العقد فانها تثبت بالشهادة على الشهرة والمعاشرة (١) .

وبأنه لا يقبل لرفع دعوى الزوجية بالتناقض لأنه في الحل والحرمة مغتفر .
وبأن القرينة والشهادة على رؤية المتداعيين يتعاشران معاشرة الأزواج مما يكفى لثبوت الزوجية (٢) .

وحكم بأنه لا يشترط لصحة عقد الزواج أن تسبقه خطبة وأنه لو شهد أحد الشاهدين بالنكاح والآخر بالتزويج قبلت الشهادة لاتحاد معناهما ، وكذا الهبة والعطية ونحوها كما في متن الدر وشرحه . وأن النكاح ينعقد أيضا بالألفاظ المصحفة (كزوزت ونحوها) (٣) .

وبأن الزواج مما لا يخفى على الزوجين لأن ركنه الإيجاب والقبول منهما شرعا فلا يفتقر التناقض في دعوى الزوجية ولا تقبل دعوى امرأة انها زوجة لرجل اذا كانت قد اعترفت بانها زوجة لغيره في نفس الوقت (٤) .

(١) محكمة كفر صقر الشرعية في ١٩٣٢/٧/٢٦ المحاماة الشرعية س/٤ رقم ٢٥ ص ٧٣ . وقد تأيد الحكم في الاستئناف . ومما جاء في الحكم ان المنصوص عليه شرعا ان دعوى الزوجية يشترط لسماعها بيان شهود صحتها شرعا ولكن اثباتها يكتفى فيه بواحدة من ثلاثة : **الأول** التصادق على الزوجية **الثاني** شهود العقد . **الثالث** شهود الشهرة أى الشهادة بحصول الزوجية بناء على المعاشرة وقد نص الفقهاء ايضا في الشهادة بالتسامع والشهرة ومنها النكاح حتى لو رأى رجلا يدخل على امرأة وسمع من الناس انها زوجته وسعه أن يشهد أنها زوجته وان لم يعاين العقد . وفي الدر : ويشهد من رأى رجلا وامرأة بينهما انبساط الأزواج أنها زوجته .

(٢) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣٢/٤/٢٥ المحاماة الشرعية س / ٤ رقم ٦٧ ص ٢٠٩ .

(٣) محكمة كرموز الشرعية في ١٩٣٢/٨/٧ المحاماة الشرعية س / ٤ رقم ٢١٣ ص ٦٥٩ .

(٤) محكمة طنطا الجزئية الشرعية س/٣ ع/٤ رقم ٩١ ص ٣٦٣ المحاماة الشرعية . وقد تأيد في الاستئناف .

وحكم بأنه لا نسمع دعوى الزوجية عند الإنكار إلا بوثيقة زواج رسمية .
وبأن إقرار منكر الزوجية بالخطاب المرسل منه إلى مدعية الزوجية الذي صرح
لها فيه بكلمة (زوجتي) يعتبر إقراراً منه بالزوجية يترتب عليه سماع
الدعوى . وبأن إنكار الزوج للزوجية بعد الخطاب السابق بدعوى كلمة
(زوجتي) الواردة به كلمة حب فقط يعتبر رجوعاً عن الإقرار بغير
دليل . وبأن حلفه بالطلاق وكتابة وصف المهر الذي اعترف أمام القضاء
بتوقيعه عليه دليل على ثبوت الزوجية وبأن المراد بالإنكار الوارد في المادة
٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ هو الإنكار الذي لم يوجد إقرار سابق
ينافيه ولو لم يكن أمام القضاء مادام ثابتاً بالطريق الذي بينه القانون وبأن
الاعتراف بالخطاب المتضمن إقراراً صحيحاً بالزوجية يعتبر إقراراً أمام مجلس
القضاء . وكذلك الإقرار بالتوقيع على ورقة تثبت حقاً وعدم الطعن عليه يعتبر
إقراراً بنفس الحق (١) .

وحكم بأنه إذا ادعى رجلان نكاح امرأة وبرهنها معا وكانت المرأة حية
وأرخا وكان تاريخ أحدهما أسبق يقضي بها للأسبق . وبأنه متى تزوج امرأة
غيره ودخل بها علماً بزواجها من ذلك الغير لا يحرم على زوجها الأول وطؤها
لأن نكاح الثاني لها والحالة هذه إنما هو زنى (٢) .

-
- (١) محكمة طنطا الابتدائية الشرعية في ١٩٣٧/٥/٨ المحاماة الشرعية
س / ١٠ ع / ٨ ص ٧٤١ رقم ١٥٢ .
- (٢) محكمة أسيوط الابتدائية الشرعية في ١٩٣٦/١١/٣ المحاماة
الشرعية س / ٨٤/٤، ٦٠، ٢١٩ رقم ٥٧ . ومما جاء في الحكم أن الفقه يقضي
بأنه إذا ادعى رجلان نكاح امرأة وبرهنها معا وكانت المرأة حية وأرخا وكان تاريخ
أحدهما أسبق فإنه يقضي بها للأسبق تاريخاً لأن البرهان أثبت نكاحه إياها
في وقت لم يناعه فيه منازع فيستمر النكاح ثابتاً حتى يوجد سبب شرعى يرفعه
ولم يوجد . كما أن الفقه يقضي بأن من تزوج امرأة غيره ودخل بها علماً بزواجها
بذلك الغير لا يحرم على زوجها وطؤها لأن هذا الدخول في هذه الحالة زنى
والمزنى بها لا تحرم على زوجها (ج / ١ الدر المختار في باب العدة ص ٦٢٥ ،
٦٣١) .

وحكم بان اضطراب المدعى وتناقضه في أقواله سيما اذا تعلقت دعواه بحل أو حرمة وتأخره في تقديمها للمحكمة مدة طويلة بدون عذر قرينة على كيدية الدعوى . وبأن النكاح يرتفع بين الزوجين بقول أخرى انها أرضعتها اذا صدقها الزوج ولو كذبتها المرأة . ولا يصدق في حق المهر كما لو أقرت انها اخته من الرضاع وكان ذلك بعد الدخول ، فرق بينهما . وبأن الزوج يعامل باقراره بالنسبة لحق الله في التفريق ولا تتوجه فيه اليمين الى الزوجة كما لا تتوجه اليها بلا طلب في ادعائه بطلان حقها فيما ترتب على العقد إصداره باطلا (كالنفقة) لأن ذلك حق الزوج وعليه اثباته (١) .

وحكم بأن كلمة (حرم) تقال عرفا للمطلقة كما تقال للزوجة فلا تدل في التخاطب كتابة على قيام الزوجية (٢) .

وأفتي بأنه لاقيمة للاتفاق المبدئي على الزواج ومقدار المهر (مقدمه ومؤخره) فلكل من طرفيه حق الرجوع فيه واسترداد ما سبق دفعه (٣) .

وحكم بان نكاح المطلق مطلقته طلاقا مكملًا للثلاث نكاح باطل . وبأن الوطء في النكاح الباطل مع العلم بالحرمة محض زنى ويجب فيه الحد ولا يترتب عليه مهر مطلقا (٤) .

وحكم بأن المرتد لا دين له وزواجه باطل شرعا ولو بمرتدة مثله (٥) .

-
- (١) محكمة الزقازيق الابتدائية الشرعية في ١٩٣٦/٢/٢ المحاماة الشرعية س/٧/ع ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٤٥٥ رقم ١١٦ .
- (٢) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣٤/١٢/٣ المحاماة الشرعية س/١/ع ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٤٠٩ رقم ١٠٢ .
- (٣) دار الافتاء المصرية في ١٩٣٤/٦/٧ المحاماة الشرعية س/٦/ع ٣ ، ٤ ، ٥ ص ٤٨٣ رقم ١٣ . المفتى : الشيخ عبد المجيد سليم .
- (٤) محكمة الاسماعيلية الشرعية في ١٩٣٧/٨/٢٤ المحاماة الشرعية س/٨/ع ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ص ٣١٦ رقم ٧٥ .
- (٥) محكمة طنطا الجزئية الشرعية في ١٩٣٢/٤/٣ المحاماة الشرعية س/٣/ع ٩ ، ١٠ رقم ٢٩٥ ص ٩١٨ وقد تأيد في الاستئناف .

وحكم بانه لا اعتبار لعدم البكارة في صحة النكاح وعدمها لأن الاتفاق على الأصل وهو النكاح اتفاق على ما يتبعه . فلا يجاب الزوج الى طلب فسخ النكاح بعد الدخول لانعدام البكارة لأن مجرد الدخول رضاء بذلك النكاح^(١) ومما جاء في الحكم : اذا تزوج امرأة بشرط أنها بكر فوجدها ثيبا صح النكاح ولزمه كل المهر للدخول فان طلقها قبله وجب نصفه (عن الفتاوى المهدية ج/١ ص ٢٨)

وفيما يلي نتعرض بالبيان لحالات لا يكون للزوجة فيها نفقة زوجية لفوات شروط وجوبها .

٢١٧ - كون الزوج فاسدا : الزوجة في الزواج الفاسد لا تستحق نفقة زوجية على الزوج لان الشارع لا يرتب آثارا على الزواج الفاسد وليس فيه احتباس مشروع بل ان التفريق بين الطرفين واجب بحكم القضاء ان لم يفترقا ولكل واحد من المسلمين اذا علم بفساد النكاح ان يرفع الدعوى حسبة للقضاء طالبا التفريق .

وعلى ذلك فاذا تزوجها وبقي على ذلك زمنا ثم علم بفساد النكاح كان تكون اخته رضاعا ، فان كان دفع لها نفقة الزوجية بحكم القضاء فان له ان يسترد ما دفع لأنها غير واجبة عليه لفساد النكاح ولأنه كان في الدفع مضطرا لتنفيذ حكم القضاء الذي بنى على وجود الاحتباس في زوجية صحيحة . الامر الذي تبين عدم تحققه . اما اذا كان دفع لها النفقة رضاء فانه لا يسترد ما دفع لان احتمال انه دفع لها النفقة تبرعا منه لها قائم ، وان كنا لا نرى داعيا لهذه التفرقة ، ذلك لانه وان كان دفع لها بالرضاء لكنه دفع لها النفقة بصفتها زوجة له في زوجية صحيحة كان فيها الاحتباس ، وبيان فساد النكاح مؤداه انه دفع ما لا يجب عليه شرعا فيكون له طلب رده كما في حالة الدفع بحكم القضاء^(٢) .

(١) محكمة الجمالية الشرعية في ١٩٣٣/٢/٢٥ المحاماة الشرعية س / ٨ ع / ١ ، ٢ ، ٣ ص ١٩٩ رقم ٦٧ وقد تأيد في الاستئناف .

(٢) تنوير الابصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين جزء / ٢ ص ٦٦١ ، ٦٦٢ . وقد جاء في حاشية ابن عابدين انه جاء في الفتاوى المهدية عن الذخيرة : « ولو كان النكاح صحيحا من حيث الظاهر ففرض لها القاضي النفقة واخذتها =

٢١٨ - وقد حكم بأن ادعاء الزوج فساد عقد زواجه بزوجه بزعمة
عدم دخول من تزوجها بها بعد طلاقها منه ثلاثة (المحلل) يقتضي الحكم
بالتفريق ولا يمنع من اجابة طلب فرض نفقتها عليه (١) .

وحكم بأنه اذا انفق الرجل على امرأة في نكاح ظهر فساد أو بطلانه
وكان انفاقه من نفسه بدون أمر من القاضي فليس له أن يرجع عليها بما أنفق .
وبأنه اذا أنفق على امرأة في نكاح ظهر فساد أو بطلانه وكان يعلم فساد
النكاح أو بطلانه عند عقد الزواج أو عند صدور حكم بالنفقة عليه فليس له
أن يرجع عليها بما أنفق ولو كان انفاقه بناء على حكم من القاضي (٢) .

وحكم بأنه لانفقة في نكاح باطل أو فاسد ولا في عدته .

وبأنه لعدة بعد وطء في نكاح فاسد أو باطل اذا كان الواطئ عالماً
بالحرمة . وأن المنكوحة نكاحاً باطلاً تمنع من المطالبة بالمفروض لها من
النفقة بسبب هذا النكاح متى طلب المحكوم عليه ذلك (٣) . واستند الحكم
على أن النفقة تجب للزوجة بنكاح صحيح فلو بأن بطلانه أو فساد رجوع
بما اخذته من النفقة في الفاسد لانعدام سبب الوجوب وهو حق الحبس الثابت
للزوجة عليها بالنكاح بل لتحسين الماء ولأن حالة العدة لا تكون أقوى من حال
النكاح (٤) وقال ان هذا هو حكم الفقه في المسألة المعروضة .

= شهراً ثم ظهر فساد النكاح بأن شهدوا انها اخته رضاعاً وفرق بينهما
رجع عليها بما اخذت ولو انفق بلا فرض القاضي لم يرجع بشيء » .

(١) محكمة أسيوط الشرعية في ١٢/١/١٩٣٤ المحاماة الشرعية س ٦ ع
٦ ، ٧ ، ٨ ص ٨٠٤ رقم ٢٢٨ . ولم يستأنف الحكم .

(٢) محكمة الاسماعيلية الشرعية في ٢١/٦/١٩٣٨ المحاماة الشرعية
س ١٠ ع ٢ ص ١٧٩ رقم ٤٩ .

(٣) محكمة الاسماعيلية الشرعية في ٢٤/٨/١٩٣٧ المحاماة الشرعية س ٨
ع ٧ ، ٨ ، ٩ ص ٣١٨ رقم ٧٦ . وقد استؤلف وتأييد .

(٤) من ذلك : ابن عابدين وكذا فتح القدير في باب النفقة فيه أنه عد
ممن لا نفقة لهن : المنكوحة نكاحاً فاسداً .

٢١٩ - الصغيرة : قد تكون الصغيرة غير مشتهة وغير صالحة للخدمة أو الاستئناس بها وقد تكون صالحة للخدمة أو الاستئناس ولكنها غير مشتهة وقد تكون مشتهة ايضا .

فان كانت الاولى فانه طبقا للمذهب الحنفى لا تجب لها النفقة لان الاحتباس الذى تستوفى به احكام النكاح غير موجود فيها ولما كان هو سبب وجوب النفقة فان عدمه يترتب عليه عدم المسبب وهو النفقة .

وان كانت تصلح للخدمة أو للاستئناس فعند ابى حنيفة ومحمد لا تجب لها النفقة لان احتباسها لا يؤدى الى المقصود من الزواج ، اما ابو يوسف فقد قال ان النفقة تجب لها ان امسكها في بيته وان لم يفعل فلا نفقة لها فهو مخير في ذلك ، وقول ابى يوسف هو القول المفتى به في المذهب الحنفى .

واذا كانت الصغيرة مشتهة وهى التى يمكن الدخول بها فان النفقة تجب لها على زوجها لان الاحتباس هنا يؤدى الى مقصود الزواج فحكمها في وجود النفقة هو حكم الكبيرة .

٢٢٠ - المريضة : اذا مرضت الزوجة قبل ان تزف الى زوجها ولم يمكن بسبب المرض ان تنقل الى بيت الزوج فانه لا نفقة لها لعدم وجود الاحتباس لا حقيقة ولا تقديرا .

وان لم يمنع المرض من نقلتها لمنزل زوجها ولم تمنع هى نفسها أو كان المرض بعد النقلة لمنزل زوجها فان النفقة واجبة لها وان منع المرض من المباشرة الجنسية وذلك لان الاحتباس في هذه الاحوال متحقق وكونه لا يؤدى الى مقصود الزواج مؤقتا فليس بمانع لانه عارض فهو كالنفاس والحيض ، فضلا عن ذلك فاحكام الزواج يمكن استيفائها في الجملة ومن ذلك انه يستأنس بها وتحفظ البيت . يضاف الى ما تقدم انه ليس من حسن العشرة ان يترك الزوج زوجته

في مريضاً دون اتفاق فيجب ان يتحمل كل الآخر في المرض كما يحصل في الصحة (١) .

وقد استحدثت المادة الثانية من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ في مصر نصاً حل محل نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ م .
بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية ، وهذا النص جاء في الفقرتين الثانية والثالثة منه على الآتي : « ٠٠٠٠ ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة . وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضي به العرف » .

وعن الفقرة الثانية قالت المذكرة الايضاحية أن هذا النص جاء بما ذهب اليه مذهب الزيدية وتقتضيه نصوص فقه الامام مالك من أن ثمن الأدوية وأجرة الطبيب من نفقة الزوجة ، وعدل المشروع بهذا عن مذهب الحنفية في هذا الموضوع .

وحسناً فعل هذا النص لأن حسن المعاشرة تجعل على الزوج ما تحتاجه زوجته في المداواة حتى ولو كانت غنية ، وقد كان السارى قبل هذا التعديل هو

(١) ما في الصلب هو رأى ابي حنيفة ومحمد الراجح وعليه العمل .
وروى عن ابي يوسف انه لا نفقة لها قبل ان تنتقل لمنزل زوجها واذا نقلت وهي مريضة فله ان يردها فان لم يفعل تجب النفقة لرضائه بالاكتساب الناقص . وهذا في التي مرضت قبل الزفاف مرضاً يمنع من استيفاء احكام النكاح لكنها لم تمتنع عن الانتقال الى الزوج .

ويلاحظ انه لا يلزم الزوج بمداواة زوجته ، فليس عليه مثلاً ثمن الدواء ولا اجرة الطبيب سواء اكان هذا الاجر لقاء توقيع الكشف الطبى عليها أو مقابل اجراء جراحة أو نحوها لها . ومرد ذلك ان ما تقدم ليس من النفقة الواجبة على الزوج لزوجته . ونرى ان حسن المعاشرة الزوجية تجعل على الزوج ما تحتاجه زوجته في المداواة حتى ولو كانت غنية .

(راجع ابن عابدين وعلى هامشه تنوير الابصار والدر المختار جزء ٢ / ص

ان الزوج لا يلزمه ثمن الدواء ولا أجره الطبيب سواء أكان هذا الأجر لقاء توقيع الكشف الطبي عليها أو مقابل إجراء جراحة أو نحوها لها . وكان مرد هذا الحكم ان ما ذكر ليس من النفقة الواجبة على الزوج لزوجته .

٢٢٠ مكررة - وقد حكم بأنه اذا لم يتحقق احتباس الزوجة لمصلحة الزوج لمانع ليس من قبله سقطت عنه النفقة . وبأن سبق الحكم باسكان الزوجة المعتوهة والمصابة بشتى الأمراض بمنزل لائق بصحتها تحت اشراف ابنتها القيمة عليها مانع من الحكم بنفقتها على زوجها حيث قد حرم حق الاحتباس لمصلحته خصوصا اذا دعاها للعودة الى منزله فامتنعت وكان نقلها ممكنا . وبأن تأخر طلب فرض النفقة الى ما بعد الحكم بالطاعة وكذلك يسار الزوجة يسارا عظيما وتقرير المجلس الحسبي لها مبلغا عظيما من مالها شهريا مع أنها في حالة غيبوبة دائمة وذهول مستمر دليل على قصد الكيد للزوج لايجاب معه طلب فرض نفقتها عليه (١) .

وحكم بان جنون الزوجة لا يمنع من وجوب النفقة لها متى كانت أهلا للاحتباس (الواجب للنفقة) ولو في الجملة . وبأن سكوت الزوج مدة طويلة عن المطالبة بإبطال نفقة زوجته المجنونة قرينة صلاحيتها للاحتباس . وبأن المفتى به أن الزوجة المريضة لها النفقة ما لم تمنع نفسها بغير حق والجنون مرض من الأمراض وقد يكون أقل خطرا من كثير منها (٢) .

٢٢١ - وحكم بأن الغرض المقصود من النكاح ليس هو المخالطة الجنسية فقط ، بل الزواج له مقاصد أخرى غير الوطء يمكن استيفائها . وبأن رضا الزوج بمعاشرة زوجته المدة الطويلة وهي غير صالحة للوطء دون أن يطلقها

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ٢٦/٥/١٩٣٨ المحاماة الشرعية س/٩/ع ٦ ص ٥٣٣ رقم ١٠٥ .

(٢) محكمة ملوى الشرعية في ٩/٥/١٩٣٣ المحاماة الشرعية س ٤ رقم ٢٥٨ ص ٨٠٧ . وقد تأيد في الاستئناف .

دليل رغبته في استيفاء تلك المقاصد فتكون محتسبة لذلك وتستحق النفقة عليه (١) .

وفي فتوى صادرة من دار الافتاء المصرية قالت : ان تجهيز الزوجة عند وفاتها واجب على زوجها كالنفقة متى كانت واجبة عليه الا أنه لو جهزها أبوها لا يكون له حق الرجوع بما أنفق ما لم يكن مأذونا من قبل الزوج أو من قبل القاضي والا فهو متبرع (٢) . وقد جاء في الفتوى أن المفتي به هو مذهب أبي يوسف من وجوب كفن المرأة ولو غنية على زوجها خلافا لمحمد . هكذا أطلقت عبارة الفقهاء لكن رأيت في رد المحتار من الجزء الأول نقلا عن الحلية ما نصه : (ينبغي أن يكون محل الخلاف ما اذا لم يقم بها مانع يمنع الوجوب عليه حالة الموت من نشوزها أو صغرها أو نحو ذلك) . قال ابن عابدين :

وهو وجيه لأنه اذا اعتبر لزوم الكفن بلزوم النفقة يسقط بما يسقطها . ا . هـ .

وقد جاء في تنقيح الحامدية من باب الوصي بعد كلام ما نصه :

(قال الخیر الرملى في حاشيته الفصولين ، يستفاد من قوله ووجب كفنه على ورثته أنه لو لم يجب عليهم كتكفين الزوجة اذا صرفه من ماله غير الزوج بلا اذنه أو اذن قاض فهو متبرع كالأجنبي فيستثنى تكفينها بلا اذن مطلقا بناء على المفتي به من أنه على زوجها ولو غنية لأنه قد أدى عن الغير ما هو واجب عليه فيكون متبرعا كما هو ظاهر ا . هـ . أى يستثنى ذلك من قوله لو كفن الميت الوصي أو أحد الورثة بكفن المثل يرجع لأن كفن الزوجة غير واجب في تركتها حتى يصح تصرف الوصي أو الوارث بل هو واجب على زوجها

(١) محكمة طلخا الشرعية في ١٦/٥/١٩٣٤ المحاماة الشرعية س/٦ ع/٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧٨٥ رقم ٢٢١ .

(٢) دار الافتاء المصرية . الشيخ عبد المجيد سليم في ٣١/١٠/١٩٣٤ المحاماة الشرعية س/٦ ع/٣ ، ٤ ، ٥ ص ٤٨٩ رقم ١٨ .

فيكون المكفن متبرعا في اسقاطه واجبا على غيره بلا اذنه كما لو تبرع بأداء دينه) .

أما اذا لم تكن نفقتها قبل الموت واجبه على زوجها بأن قام بها مانع يمنع الوجوب عليه حالة الموت من نشوزها أو صغرها ونحو ذلك كان كفنها حينئذ في مالها وحينئذ اذا كفنها والدها كفن المثل كان له الرجوع بما صرفه في ذلك في تركتها بلا حاجة الى اذن باقى الوثة .

٢٢٢ - الزوجة المحبوسة : اذا حبست الزوجة ولو ظلما فان الذى عليه الفتوى في المذهب الحنفى انها لا تستحق النفقة مدة الحبس ، سواء اكان الحبس قبل النقلة الى الزوج او بعدها ، لان المعتبر في سقوط نفقة الزوجة فوات الاحتباس بشرط الا يكون من جهة الزوج . وعلى ذلك فاذا حبست في دين لا تستطيع اداءه فان نفقتها تسقط مدة الحبس . واذا كان الحبس بسبب الزوج كان يكون في دين له عليها فان نفقتها لا تسقط لانه رضي بفوات حقه في الاحتباس بسبب من جهته .

وقد بينت الفقرة الرابعة من المادة الثانية من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ أحوالا لا تجب فيها نفقة الزوجة على زوجها فقالت : « ولا تجب النفقة للزوجة اذا ارتدت أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها بدون حق أو اضطرت الى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج » .

وقالت المذكرة الايضاحية : « أبان المشروع في الفقرة الرابعة من هذه المادة أحوال سقوط نفقة الزوجة في حالة ارتدادها عن الاسلام أو امتناعها مختارة عن تسليم نفسها لزوجها بدون حق أو اضطرارها الى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج كما اذا حبست ولو بغير حكم أو اعتقلت أو منعها أولياؤها من القرار في بيت زوجها » .

٢٢٣ - المغصوبة : اذا اخذ رجل الزوجة وذهب بها كرها عنها فان نفقتها على زوجها تسقط لفوات الاحتباس بسبب ليس من الزوج . وهذا

- ٢٢٣ -

ظاهر الرواية وعليه الفتوى • ومقابله ما روى عن ابي يوسف ان لها النفقة •
لان فوات الاحتباس لم يكن من قبلها باختيارها • والتقيد بكون الغصب
كرها لانه لو ذهب بها على صورة الغصب لكن برضاها فلا خلاف في هذه
الحالة اذ لا شك في كونها ناشزة •

٢٢٤ - المسافرة : اذا سافرت الزوجة للحج ولو لاداء الفريضة

وكانت معه وهو الذي اخرجها فتلزمه نفقتها على انها نفقة سفر لا اقامة ، كما
تلزمه مصاريف السفر ، اما اذا خرج معها ولم يكن هو الذي اخرجها فتلزمه نفقة
الحضر بمعنى انه ينظر الى قيمة الطعام في الحضر لا في السفر وعلى ذلك لا
تلزمه نفقة السفر ولا اجره لانه خرج لاجلها ، وانما لزمته النفقة هنا
لوجود الاحتباس •

واذا سافرت ولو كان السفر للحج من غير مصاحبة الزوج ولكن مع ذي رحم
محرم منها كاخيه أو عمها فلا نفقة لها لان هذا السفر يفوت الاحتباس وقال
أبو يوسف : انها لو سافرت لاداء فريضة الحج مع محرم لها فلها نفقة
الاقامة لا نفقة السفر لان السفر لاداء فريضة الحج عذر لها فضلا عن انه
لا عصيان في سفرها لكونها مع ذي رحم محرم منها •

ولا خلاف في ان السفر ولو لفريضة الحج اذا كان بدون زوج أو رحم
محرم مسقط لنفقتها ، لانه مفوت للاحتباس فضلا عن كون الزوجة عاصية
لسفرها وحدها والحج لا يكون مع عدم الاستطاعة ومن أحوال عدم الاستطاعة
عدم وجود زوج أو قريب محرم للزوجة يصاحبها •

٢٢٥ - وقد حكم بأن سفر الزوجة بدون اذن زوجها معصية فلا

تلزمه مصاريف سفرها هذا^(١) •

(١) محكمة كرموز الشرعية في ١٠/٧/١٩٣٤ المحاماة الشرعية س/ ٧

٢٢٦ - الزوجة المحترقة : اذا كان للزوجة عمل تباشره خارج البيت

ويستغرق وقتا كان تكون محامية أو معلمة أو موظفة في اية وظيفة أو قابلة أو نحوها فان للزوج منعها من مباشرة هذه الوظيفة فان لم تطعه في ذلك تكون ناشزة قد فوتت عليه الاحتباس الكامل فتسقط نفقتها مدة النشوز هذه واذا لم يمنعها الزوج وقبل مباشرتها وظيفتها أو عملها فان نفقتها عليه لا تسقط لرضائه بالاحتباس الناقص ولانها لا تكون ناشزة لانها لم تخالف له امرا .

وقد بينت الفقرة الخامسة من المادة الثانية من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الأحوال التي لا تعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجية فقالت : « ولا يعتبر سببا في سقوط نفقة الزوجية خروجها من مسكن الزوجية - بدون اذن زوجها في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع أو يجرى بها العرف أو عند الضرورة ، ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروع مشوب باساءة الحق أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه » .

وقالت المذكرة الايضاحية لهذه الفقرة : « كما أفصح المشروع عن الأحوال التي لا يعتبر فيها خروج الزوجة بدون اذن زوجها سببا مسقطا لنفقتها عليه ، فقال انها الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع كخروجها لتمرير أحد أبنائها أو تعهده أو زيارته ، وإلى القاضي لطلب حقها ، كذلك خروجها لقضاء حوائجها التي يقضي بها العرف ، كما اذا خرجت لزيارة محرم مريض ، أو تقضي به الضرورة كإشراف المنزل على الانهدام أو الحريق ، أو اذا أعسر بنفقتها ، ومن ذلك الخروج للعمل المشروع اذا أذن لها الزوج بالعمل أو عملت دون اعتراض منه أو تزوجها علما بعملها .

وذلك ما لم يظهر أن عملها مناف لمصلحة الأسرة أو مشوب باساءة الحق وطلب منها الزوج الامتناع عنه .

وغنى عن البيان أن الفصل عند الاختلاف في كل ذلك للقاضي .

٢٢٧ - الزوجة الناشئة : هي التي خرجت من بيت زوجها بلا اذنه بغير وجه شرعى أو امتنعت عن الانتقال اليه بغير حق أو منعت من الدخول عليها في بيتها المقيمة معه فيه ولم تكن قد سألته النقلة فابى . والزوجة الناشئة لا تستحق نفقة زوجية في مدة النشوز حتى تعود الى طاعة زوجها .

وعلى ذلك فاذا تركت بيت الزوج بدون ان يأذن لها ولم يكن لها وجه شرعى في هذا الخروج فهي لا تستحق النفقة حتى تعود فتكون لها النفقة منذ عادت وتسقط النفقة خلال مدة النشوز .

والخروج قد يكون حكما فان كان يقيم في منزل لها بالملك أو الاجارة ومنعت من الدخول عليها فهي تعد كالتى خرجت من بيته فلا تكون لها نفقة خلال مدة منعها الزوج من الدخول عليها للنشوز ما لم تكن قد سألته النقلة بان قالت له مثلا حولنى الى منزلك أو أكثر لى منزلا فانى محتاجة الى منزلى هذا أخذ اجرتة وتركته المدة الكافية للبحث فلم يفعل فمنعت من الدخول فلا تسقط نفقتها لعدم النشوز .

ومن النشوز أن تمتنع الزوجة من الانتقال الى منزل الزوجية بغير وجه شرعى بعدما هيا لها المسكن اللائق به ودعاها للدخول فيه فلا نفقة لها مدة الامتناع للنشوز . فاذا كان عدم الانتقال لمبرر مشروع كأن تمتنع حتى يوفىها عاجل صداقها أو ما تعورف على تعجيله من المهر ، أو يكون المسكن المعد غير مستوف الشروط اللازمة كأن يكون مشغولا بسكن الغير أو تنقصه الادوات اللازمة فان نفقتها لا تسقط ولا تعد ناشئة .

ولا تعد الزوجة ناشئة ايضا اذا منعت زوجها من الاستمتاع بها وهي في منزله لأن الزوج متمكن منها على كل حال فلا تسقط نفقتها مدة منعها له . وهل يعد امتناع الزوجة عن السفر مع الزوج نشوزا يسقط نفقتها في مدة الامتناع ؟

(م ١٥ - الأحوال الشخصية)

اختلفت في هذه المسألة وجوه النظر :

فالمتقدمون من الفقهاء على ان الزوجة ليس لها الامتناع عن السفر مع زوجها لان الاساس في الحياة الزوجية ان يعيش الزوجان سويا ولكن افتي بعض المتأخرين من الفقهاء بان الزوجة لها ان تمتنع عن السفر مع زوجها تأسيسا على ان الزمن فسد والزوج يظلم زوجته اذا نقلها الى بلدة اخرى دون أن تتمكن من ان تستغيث عليه باحد لانها ليست بين قومها • والذي عليه العمل في جمهورية مصر العربية والموافق للعدل هو ان الزوج اذا كان امينا على الزوجة ولم يقصد المضارة من نقل زوجته واوفائها عاجل مهرها أو ما تعرف على تعجيله فليس لها ان تمتنع عن مصاحبته وان امتنعت تكون ناشزة وتسقط نفقتها مدة الامتناع •

٢٢٨ - ولاتستحق الناشز نفقة مدة النشوز :

وقد حكم بأن الناشز لا تستحق النفقة شرعا على زوجها ما دامت ناشزا عقوبة لها على معصيتها التي لا تقر عليها • وأن عرض الزوجة نفسها على زوجها للطاعة لا يعتبر طاعة متى كان العرض من غير طريق جهة الادارة التي لها ولاية التنفيذ وكانت هناك خصومات بين الزوجين • وإن عدم امتثال الزوجة لحكم الطاعة الصادر صلحا لا يكفي دليلا على النشوز بل لابد من دليل آخر مثبت له (١) •

وبأن دخول الزوجة مسكن الطاعة قبل الحكم بالطاعة لا يعتبر رضاء منها بالحكم يمنع من الطعن فيه بالطرق المقررة قانونا فاذا حكم عليها بالطاعة في مسكن فامتنعت من الدخول فيه بغير حق الى أن أصبح الحكم نهائيا كانت ناشزا من تاريخ الحكم بالطاعة (٢) •

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٨/٥/٢٦ المحاماة الشرعية س / ٩ ع / ٦ ص ٥٣٣ رقم ١٠٥ •

(٢) محكمة كرموز الشرعية ١٩٣٤/٥/١٢ المحاماة الشرعية س / ٧ ع / ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٤٧٨ رقم ١٢٦ • تأيد في الاستئناف •

وبأن رضا الطرفين بالمعاينة قبول منهما لنتيجتها ونزول منهما على حكمها فإذا دلت على أن بالمسكن أدوات فالحجز المتوقع بعدها من الزوجة على تلك الأدوات لا يدفع عنها دعوى النشوز بل تكون معه ناشزا لا تستحق النفقة على الزوج لأنه قصد به الى غرض غير مشروع فلا تعان عليه . وأن تكرار الحجز من الزوجة على أدوات مسكن الطاعة أمانة قوية على نشوزها عنه فتؤخذ بها (١) .

وبأن تعرض الزوجة لزوجها في طلب ابطال أجرة المسكن دليل على نشوزها (٢) .

وبأن الحجز على أدوات المسكن الشرعى وعدم تمكن الزوجة من دخوله بسبب الحجز يكون عذرا مقبولا ولا يعتبر عدم وجودها في المسكن حينئذ نشوزا تسقط به نفقتها ولو كان الحجز منهاهى (٣) .

وبأن المنصوص عليه شرعا أن المرأة تعتبر ناشزة متى كان المسكن شرعيا وهى خارجة عنه . ويجب لاثبات النشوز اثبات شرعية المسكن أولا وخروجها منه أو امتناعها عن الدخول فيه ثانيا (٤) .

وبأن خروج الزوجة من المسكن اثناء خصومة بسبب تعديه عليها بالضرب لا يعتبر نشوزا ولا يسقط نفقتها (٥) .

-
- (١) محكمة شبراخيت الشرعية ١٩٣٣/١/٣ المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ١ ، ٢ ص ١٥٣ رقم ٤٣ . تأيد استئنافا .
- (٢) الزقازيق الابتدائية الشرعية المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ٨٠٧،٦ ص ٧١٧ رقم ١٨٥
- (٣) كرموز الشرعية ١٩٢٩/١٢/١٠ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ٨ ص ٧٢٠ رقم ١٩٦ .
- (٤) محكمة ذمياط الشرعية ١٩٣٠/١/٦ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ٦ رقم ١٤٩ .
- (٥) محكمة كرموز الشرعية ١٩٣٠/٣/١١ المحاماة الشرعية س / ٢ ع / ٣ ص ٢٧٣ رقم ٧٧ .

وحكم بأن ضرب الزوج زوجته ضرباً مبرحاً ومعاقبته جنائياً على ذلك بالغرامة والتعويض مما لم يكن مألوفاً في طبقة مثلها مانع من التعرض لها بمقتضى حكم النشوز السابق على هذا الضرب وموجب لسريان حكم النفقة السابق الحكم بعدم التعرض بتنفيذه للنشوز . ومما جاء بالحكم أن خروج الزوجة من منزل الطاعة لضرب الزوج لها لا يعتبر نشوزاً بل هى ما تزال في الطاعة ، وحسن المعاملة وقبحها يختلف باختلاف الوسط وبالبينة ودرجات الناس وغير ذلك من الاعتبارات (١) .

وحكم بأنه إذا طلبت المدعية النفقة عن مدة سابقة فدفع المدعى عليه الدعوى بقيامه بالانفاق عليها في بعض هذه المدة الى تاريخ عينه وبنشوزها من ذلك التاريخ فان اقتصراره بالدفع بالانفاق على هذه المدة المعينة ودفعه بالنشوز من نهايتها قرينة قاطعة على عدم الانفاق في المدة من التاريخ المسند اليه النشوز المدفوع به (٢) .

وبأن ترك الزوج دعوة زوجته الى طاعته في المنزل الذى أعده لذلك يجعلها مستحقة للنفقة عليه ولا يقوم رفع دعوى الطاعة والسير فيها مقام دعوتها . وأنه اذا كان المسكن غير مهياً للسكن لا تعتبر الزوجة ناشزاً بالامتناع عن طاعة زوجها فيه . وبأنه قد جرى العرف في البلاد المصرية على أن لا تذهب الزوجة الى منزل زوجها من تلقاء نفسها وخاصة اذا كان النزاع قائماً بين الزوجين (٣) .

(١) محكمة الاقصر الشرعية في ١٩٢٩/٩/١ المحاماة الشرعية س / ٥٥ ع / ٥٦ ، ص ٦٦ رقم ١٥٢ . ولم يستأنف .

(٢) محكمة سنورس الشرعية في ١٩٣٢/١/٢٧ المحاماة الشرعية س / ٥٥ ع / ١٠ ، ص ٩٠٩ رقم ٢٤٩ وقد تأيد استئنافاً .

(٣) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣٦/٦/٤ المحاماة الشرعية س / ٩ ع / ٥ ص ٤٣١ رقم ٨٥ .

وحكم بأن عدم وجود أدوات المسكن فيه في اليوم المحدد لبيعها نظير متجمد النفقة مزيل لشرعية المسكن فلا تسمع معه دعوى إسقاط المفروض للنشوز من هذا التاريخ (١) .

وبأنه إذا دفعت الزوجة دعوى نشوزها من المسكن المحكوم عليها بالطاعة فيه بشغله كان هذا اقرارا منها بالنشوز (٢) .

وبأن الزوجة تكون ناشزا عن طاعة زوجها في المدة بين الحكم بالطاعة ابتدائيا وتأييده من الاستئناف ولا تكون ناشزا إذا عرضت نفسها للدخول في مسكن الطاعة فامتنع عليها ذلك وأثبت في محضر أحوال البوليس ثم عرضت نفسها على زوجها أمام المحكمة في عدة جلسات مع عدم اتخاذ الزوج إجراءات تنفيذ الحكم الصادر له بالطاعة (٣) .

وبأن النشوز يثبت بامتناع الزوجة من الدخول في المسكن المحكوم عليها بالطاعة فيه نهائيا . ولا يقبل الدفع في دعوى نشوزها بزوال شرعيته لعدم وجوده لتناقضه مع تقريرها بدخولها فيه (٤) .

وبأنه يعتبر دفع المدعى عليها دعوى النشوز بزوال شرعية المسكن وعدم اثباتها إياه اقرارا منها بشرعية المسكن (٥) .

-
- (١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣٥/٢/٢٠ المحاماة الشرعية س / ٧ ع / ١ ، ٢ ، ٣ ص ١٨٧ رقم ٥٠ .
- (٢) محكمة بنى سويف الجزئية الشرعية ١٩٤٠/٣/٢٠ المحاماة الشرعية س / ٢ ع / ٣ ص ٢٧٥ رقم ٨ . وقد تأيد استئنافيا .
- (٣) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٢/٧/١٤ المحاماة الشرعية س / ٣ ع / ١٠ ، ٩ ص ٨٦٩ رقم ٢٧٣ .
- (٤) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣١/٣/٢٣ المحاماة الشرعية س / ٣ ع / ١ ص ٧١ رقم ١٢ .
- (٥) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣١/١٠/٩ المحاماة الشرعية س / ٣ ع / ٣ ص ٢٥٧ رقم ٥٨ .

وبأن ضرب الزوج لزوجته ضرباً غير مباح شرعاً يكون به غير أمين عليها
فلا تلزمها طاعته ولا تكون ناشزاً يمتنع استحقاقها للنفقة (١) .

وبأن عدم ملكية الزوج للمنقولات المشتعل عليها مسكن الطاعة مانع
من اعتبار زوجته ناشزاً عن هذا المسكن (٢) .

وبأن الزوجة لا تعتبر ناشزاً بناء على مجرد حكم بالطاعة مشمول بالنفاذ
المؤقت مادام لم يصبح نهائياً (٣) .

وبأن الزوجة لا تعتبر ناشزاً ولا تمنع من المطالبة بالفروض بخروجها
من مسكن الطاعة الذي ثبت عدم كفاية أدواته في شرعته بدلالة محضر الحجز
الحاصل على ما في المسكن (٤) .

وبأن الزوجة لا تعتبر ناشزاً مع ثبوت شغل المسكن بسكن الغير وعدم
وجود أدواته بدلالة محضر الحجز (٥) .

وبأنه متى أعد الزوج لزوجته مسكناً شرعياً وعلمت به (حكم عليها بالطاعة
فيه) وجب عليها المبادرة إليه والا اعتبرت ناشزاً بدون توقف على تنفيذ حكم
الطاعة . وبأنه إذا اذن الزوج لزوجته بالبقاء خارج مسكن الطاعة فله أن يقطع
هذا الأذن في أى وقت (٦) .

-
- (١) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٠/١٠/٢٦ المحاماة الشرعية س / ٣
ع / ٥ ص ٤٦٦ رقم ١٢٤ .
- (٢) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣١/١٠/٢٨ المحاماة الشرعية س / ٣
ع / ٦ ص ٥٤٠ رقم ١٥٠ .
- (٣) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣١/١٠/٢٩ المحاماة الشرعية س / ٣
ع / ٦ ص ٥٤١ رقم ١٥١ .
- (٤) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣١/٩/٢١ المحاماة الشرعية س / ٣
ع / ٩ ، ١٠ ص ٨٥٠ رقم ٢٦١ .
- (٥) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣١/١٢/٢٨ المحاماة الشرعية س / ٤
ص ٥٤ رقم ١٢ .
- (٦) محكمة كرموز الشرعية ١٩٣١/٢/٢٤ المحاماة الشرعية س / ٥ ع /
٩ ، ١٠ ص ٨٩٠ رقم ٢٣٧ وقد تأيد الحكم في الاستئناف .

وبأن الزوجة لا تعتبر ناشزا غير مستحقة للنفقة بمطالبتها بها عن مدة سابقة على التاريخ الذى أصبح كل من حكم النفقة وحكم الطاعة نهائيا ولا مع ترك الزوج المطالبة بالطاعة بعد ذلك (١) .

وبأنه لايجب طلب الزوج أمر زوجته بالكف عن المطالبة بمفروضها للنشوز بثبوت ضربه اياها وايدائها حتى تقرر لها علاج وحكم عليه بغرامة من أجل ذلك (٢) .

وبأن خروج الزوجة من منزل زوجها من تاريخ استئصالها فى حكم الطاعة وعدم عودتها اليه يعتبر نشوزا مانعا من استحقاقها النفقة ولو ادعت ضربة اياها وايداءها مما يستلزم تعزير الزوج حتى يقلع عنه (٣) .

وبأن عدم تقديم الزوجة نفسها لتنفيذ حكم الطاعة حسب أمر المحكمة دليل على نشوزها لا تكفى في نفيه الشهادة المرضية (٤) .

وبأن الزوجة لا تعتبر ناشزا بمجرد الحكم بالطاعة بل لابد من طلبها الى المنزل بعد الحكم (٥) .

وبأن الزوجة لا تكون ناشزا اذا لم يمكنها الزوج من دخول مسكن الطاعة لأن المانع في هذه الحالة ليس من جهتها .

-
- (١) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٤/٦/٢١ المحاماة الشرعية س / ٤ ع / ٦، ٧، ٨ ص ٧١٨ رقم ١٨٦ .
- (٢) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٤/١٢/٢٧ المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ٦، ٧، ٨ ص ٧٢٩ رقم ١٩١ .
- (٣) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٥/١/٢ المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ٦، ٧، ٨ ص ٧٣١ رقم ١٩٢ .
- (٤) محكمة عابدين الشرعية ١٩٣٢/٤/٢٠ المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ١، ٢ ص ١٤٦ رقم ٣٨ .
- (٥) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٦/٥/١٦ المحاماة الشرعية س / ٩ ع / ٤ ص ٣٣٩ رقم ٦٦ .

وأن حكم الطاعة النهائي لا يصلح (دائما) دليلا على النشوز في المدة السابقة على نهائيته اذ كثيرا ما يكون قضاء محكمة الاستئناف مبنيا على ما يظهر أمامها من مناقشة أو معاينة أو استفسار لا استنادا لأدلة الحكم الابتدائي . وقول الفقهاء ان القضاء مقرر لا مثبت انما هو في الحقوق الثابتة التي لا تتجدد ولا تتغير ، وليست شرعية المسكن من هذا القبيل (١) .

وأن قبض الوكيل لمعجل الصداق ملزم للزوجة بالدخول والطاعة وامتناعها مع هذا نشوز لا تستحق عنه نفقة ولا يؤثر في هذا ادعاؤها بتبديد الوكيل معجل الصداق (٢) .

وبأنه متى ثبت علم وجود محل للطاعة من طريق رسمي (كمحضر حجز دل على ترك الزوج للمسكن الذي حكم على الزوجة بالطاعة فيه) فلا تعد الزوجة ناشزا ولا يجوز الحكم عليها بكف يدها عن المطالبة بما هو مقرر لها من نفقة زوجية (٣) .

وبأن الزوجة اذا رضيت بدخولها في بيت الطاعة ثم تعنتت وامتنعت عن الدخول فلا حق لها في الحجز عليه ولا في طلب عدم صلاحيته مسكنا للطاعة (٤) .

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٦/٥/٢٨ المحاماة الشرعية س / ٩٩ / ٧ ص ٦٢٢ رقم ١٢٢ .

(٢) محكمة الجيزة الشرعية ١٩٣٥/٦/٥ المحاماة الشرعية س / ٨٨ / ٣٠٢ ، ٣٠٣ رقم ٧٠ .

(٣) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٥/١٠/١٣ المحاماة الشرعية س / ٨٨ / ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٢٠٩ رقم ٥١ .

(٤) محكمة ابنوب الشرعية ١٩٣٧/٣/٦ المحاماة الشرعية س / ٨٨ / ٤ ، ٥ ص ٢٣٩ رقم ٦٨ . وقد تأيد في الاستئناف .

- ٢٣٣ -

وبأن طلب اسقاط المفروض للنشوز مع ثبوت عدم صلاحية المسكن وعدم تنفيذ حكم الطاعة غير مقبول شرعا وعرفا (١) .

وبأن احترام الزوجة لا يكون نشوزا الا اذا كان للزوج مسكن هياه لزوجته المحترفة وامتنعت عنه ، ومما جاء في الحكم أن الفقهاء لم يذكروا الاحتراف على أنه مانع من استحقاق النفقة لذاته بل أوردوه على أنه صورة من الصور التي يشملها تعريف النشوز وهو الخروج عن منزل الزوج بغير حق ومنعها نفسها فالمؤثر في عدم الاستحقاق انما هو الخروج من المنزل باحتراف أم بغيره بما في ذلك من فوات تسليم نفسها تسليما تاما من جهتها وذلك لا يتحقق الا اذا كان هناك منزل للزوج حياة لها وفي غير ذلك لا يتحقق الخروج ويكون فوات التسليم آتيا من قبله هو . وفي الحكم كذلك ان الاحتراف ذاته غير محقق للنشوز (٢) .

٢٢٩ - الظاهر من نص المادة ٧١ من قانون حقوق العائلة المطبق في لبنان ان الشارع اللبناني يجبر الزوجة على الانتقال مع الزوج فهي تقول : « تجبر الزوجة ٠٠٠ على الذهاب معه اذا اراد الزوج الذهاب الى بلدة اخرى اذا لم يوجد مانع » . وعلى ذلك فهي اذا امتنعت عن السفر معه الى البلدة المنتقل اليها فانها تكون ممتنعة عن الانتقال له ومقتضي هذا ان تسقط نفقتها خلال مدة الامتناع لانه يعتبر نشوزا مسقطا للنفقة ، ما لم يكن هناك مانع من الانتقال ، ومن الموانع ان يكون هو غير امين عليها او ان يكون قصده المضارة . وهذا يتفق في الجوهر مع ما عليه العمل في مصر .

وقد تعرضت المادة ١٠١ من قانون حقوق العائلة لبعض أحوال النشوز وقررت ان النفقة تسقط خلالها فقالت : « اذا تركت الزوجة بيت زوجها

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٥/٥/٢٧ المحاماة الشرعية
س / ٨ ع / ١ ، ٢ ، ٣ ص ١٧٧ رقم ٥٦ وقد تأيد في الاستئناف .
(٢) محكمة الأزبكية الشرعية المحاماة الشرعية ١٩٢٨/١٢/٢٨ س / ١
ع / ٢ ص ٣٠٥ رقم ٣٧ .

- ٢٣٤ -

بدون سبب مشروع وذهبت منه ، او كانت في بيتها ومنعت زوجها من الدخول اليه قبل طلب نقلها لبيت آخر تسقط نفقتها مدة دوام هذا النشور ، •

المطلب الثاني

تقدير النفقة

٢٣٠ - وجوب النفقة قد يكون وجوب تمكين أو وجوب تملك والأول وهو المتعارف والأصل بين الناس ان الزوج يقدم لزوجه ما تحتاجه من نفقة سواء كان ذلك الطعام او الكسوة او المسكن • والثاني مقتضاه ان الزوج يقدم لزوجه ما يتفقان عليه او يحكم به القاضي لكي تتولى هي الانفاق على نفسها منه وما يقدم هكذا قد يكون اصنافا من جنس الطعام وانواعا من الثياب للكسوة على اساس كسوتين في السنة احدهما في الشتاء والاخرى في الصيف وقد يكون مبلغا من المال تتولى الانفاق منه على نفسها • والمال الذي يعطى للزوجة للانفاق يكون كل مدة تناسب الزوج اذ الاعتبار في الفرض الاصلح والايسر ففي المحترف تكون النفقة يوما بيوم لانه قد لا يقدر على تحصيل نفقة شهر دفعة واحدة ، وان كان موظفا يقبض راتبه كل اسبوعين يمكن فرضها لاسبوع او لاسبوعين وان كان يقبض راتبه كل شهر تفرض للشهر ، وعلى كل حال فكل مدة ناسبت حال الزوج فانه يعجل نفقتها وقد جرى العرف في المحاكم ان تقدر النفقة كل شهر وهو مناسب • والمحاكم بالنسبة للكسوة تفرض مبلغا من النقود لبدل الكسوة كل ستة اشهر وبالنسبة للطعام والمسكن تجعل المبلغ المفروض لهما شهريا •

ما يراعى في التقدير :

٢٣١ - مما يراعى في التقدير حال الأسعار ارتفاعا وانخفاضاً وعلى ذلك فان القضاء يقدر النفقة بقدر الغلاء والرخص فيراعى كل وقت او مكان

بما يناسبه فينبغي للقاضي عند الغرض ان ينتظر في سعر البلد وينظر ما يكفيها بحسب عرف تلك البلدة ويقوم الاصناف بالنقود ثم يقدر بالنقود ، فعليه اعتبار كفايتها بالمعروف .

واذا قدر للنفقة مبلغ من المال بالتقاضي او بالتراضي وتغيرت الاحوال فصار المقدّر دون كفايتها فلها طلب الزيادة . وفي ابن عابدين نقلا عن البزازی ان القاضي اذا فرض النفقة ثم رخص السعر تسقط الزيادة ولا يبطل القضاء وبالعكس لها طلب الزيادة . ثم قال ابن عابدين : وكذا لو صالحته على شيء معلوم ثم غلا السعر او رخص ، يعنى يجوز لها طلب الزيادة ويجوز له طلب التخفيض .

وبالنسبة لاعتبار حال الطرفين هل يراعى في التقدير حال الزوج فقط او حال الزوجة فقط او حالهما معا ؟

اختلف الرأى في هذه المسألة في المذهب الحنفى فهناك رأيان مصححان فيه ، مقتضى الاول ان النفقة تقدر بحسب حال الطرفين ، فان كانا موسرين فالواجب نفقة اليسار ، وان كانا معسرين فنفقة الاعسار . وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا فان النفقة الواجبة هي نفقة بين اليسار والاعسار ، ولكن ان كان المعسر هو الزوج فانه رغم تقديرها على هذا الاساس فانه يدفع ما يستطيعه ويكون الباقي عليه حتى اليسار وهي تستدينه عليه ممن تكون نفقتها عليه لو لم يكن الزوج موجودا .

والرأى الثانى هو اعتبار حال الزوج فقط .

وحجة الرى الاول قوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » . وقول الرسول ﷺ لامرأة ابى سفيان : « خذى من مال ابى سفيان ما يكفيك ولولدك بالمعروف » . ومقتضى التقدير بالمعروف ان يراعى حال الطرفين في الغرض لا ان تراعى حال احدهما فقط .

وحجة الرأى الثانى قوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، فضلا عن ذلك فان حسن العشرة يقتضي

ان ينفق الزوج على زوجته حسب يساره ان كان موسرا مهما تكن هي ،
ويقتضي من الزوجة الا ترهق زوجها في النفقة لو كان هو معسرا وهي موسرة .
وهناك رأى ضعيف مقتضاه مراعاة حالها فقط عند الفرض . وقد كان
العمل في مصر على الرأى القائل باعتبار حال **الطرفين** في فرض النفقة ولكن
المرسوم بقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ نص في مادته السادسة عشرة على انه :
« تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسرا او عسرا مهما كانت
حالة الزوجة » . وقد استند الشارع في هذا التعديل على مذهب الشافعي
ورأى صحيح في مذهب ابي حنيفة من اعتبار حال الزوج فقط عند تقدير نفقة
الزوجة على زوجها (١) .

هذا وقد نصت المادة الثانية من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ في مصر
على أنه يستبدل بالمادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ النص الآتي :
« تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرا
أو عسرا على ألا تقل النفقة في حالة العسر عن القدر الذى يفي بحاجتها
الضرورية .

وعلى القاضي في حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوافر شروطه
أن يفرض للزوجة في مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة
مؤقتة (بحاجتها الضرورية) بحكم غير مسبب واجب النفاذ فورا الى حين
الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ .

(١) والقانون اللبناني بالنسبة لما يراعى في تقدير النفقة اعتبر تغير
الاسعار وتبدل حال الزوجين يسرا وعسرا في زيادة النفقة او في انقاصها كما
قرر انه يراعى في التقدير حال الطرفين معا فالتزم بذلك قولاً مصححاً في مذهب
أبي حنيفة . فقد نص في المادة ٩٢ من قانون حقوق العائلة على ان النفقة المقررة
بتراضي الزوجين على شيء معين أو بحكم القاضي يجوز تزييدها وتنقيصها بتغير
الأسعار أو بتبدل أحوال الزوجين عسرا أو يسرا ويتحقق أنها اقل أو أكثر من
قدر الكفاية . ونص في المادة ٩٤ على ان الحاكم يقدر النفقة حسب حال
الطرفين .

وللزوج أن يجرى المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائيا بحيث لا يقل ما تقبضه الزوجة عن القدر الذى يفي بحاجتها الضرورية » .

وقد جاء في المذكرة الايضاحية عن هذه المادة قولها :

جاءت المادة ١٦ من المشروع بقواعد تقدير نفقة الزوجة فنصت على أن تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرا وعسرا على ألا تقل في حالة العسر عن القدر الذى يفي بحاجتها الضرورية .

ومن هذا يظهر أن المناط أصلا في تقدير النفقة هو حال الزوج المالية في اليسر والعسر وهذا أمر نسبي غاية الأمر أن النفقة اذا كانت عن مدة ماضيه على تاريخ الحكم وتغيرت حال الزوج كان التقدير على قدر حاله وقت الاستحقاق لا وقت القضاء .

وهذا اذا كان قد حدث تغير في الحالة المالية . والقدر الذى يفي بحاجتها الضرورية هو ما يعبر عنه في العرف القضائي بنفقة الفقراء ، لا أن يكون فوق طاقته لأن المعيار هو قول الله تعالى : (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله) من الآية السابعة من سورة الطلاق .

ثم قرر المشروع ضرورة القضاء بنفقة مؤقتة للزوجة وأوجب على في حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوفير شروطه أن يفرض للزوجة في مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة بحكم غير مسبب واجب النفاذ فورا الى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ .

والملاحظ في هذا الأمر هو ألا تترك الزوجة مدة قد يطول فيها التقاضي دون أن يكون لها مورد تعيش منه فكان من واجبات القاضي أن يبادر الى تقدير النفقة المؤقتة بالمقدار الذى يفي بحاجتها الضرورية في ضوء ما استشفه من الأوراق والمرافعة مادام قد توافرت أمامه أسباب استحقاق الزوجة النفقة وتحققت الشروط .

وهذا الحكم المؤقت نافذ فورا الى حين صدور الحكم من محكمة أول درجة في الدعوى وعندئذ يكون النفاذ لهذا الحكم الأخير دون المؤقت على نحو ما هو وارد في نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في هذا الموضع . ثم رخص المشروع للزوج في حال سداد نفقة لزوجته بمقتضى الحكم المؤقت أن يجرى المقاصة بين ما أداه فعلا وبين المحكوم عليه به نهائيا على ألا يقل ما يبقى للزوجة وتقضه فعلا عن القدر الذى يفي بحاجتها الضرورية .

٢٣٢ - وقد حكم بأن سوء الحالة الاقتصادية العام وانخفاض أسعار الحاجيات يوجبان تخفيض نفقة الزوجة وإن كان لا يوجب تخفيض نفقة الصغار لكبرهم عن وقت الفرض^(١) .

وحكم بأنه لا يصلح تزوج من فرضت عليه النفقة سببا لتخفيضها^(٢) .

وحكم بأنه تفرض النفقة على الزوج في كل وقت بحسبه فاذا كان معسرا في وقت تفرض عليه نفقة المعسرين ، وإن كان موسرا في وقت تفرض عليه نفقة الموسرين^(٣) .

وحكم بأن من حالات يسر الزوج أن يكون مقيما مع والده الموسر جريا على العرف في قيام الآباء بالانفاق على أولادهم وزوجاتهم لأن العرف له اعتباره وأن هذا لا يتنافى مع ما ورد في القانون رقم ٢٥ لسنة ٢٩ من أن تقدير النفقة بحسب حال الزوج يسرا وعسرا^(٤) .

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣٢/٣/٩ المحاماة الشرعية س / ٤ رقم ٦٥ ص ٢٠٧ .

(٢) محكمة مغاغة الشرعية في ١٩٣١/٤/٢٥ المحاماة الشرعية س / ٤٣ / ٩ ، ١٠ رقم ٢٧٩ ص ٨٩٠ .

(٣) محكمة فارسكور الشرعية في ١٩٣٤/٥/١٢ المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ٩ ، ١٠ ص ٩٨٢ رقم ٢٧٦ . وقد تأيد في الاستئناف من حيث المبدأ .

(٤) محكمة فوة الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٧/١١/٢٨ المحاماة الشرعية س / ٩ ع / ٥ ص ٤٤٧ رقم ٩١ . ومثله حكم محكمة بور سعيد الشرعية في =

ومع ذلك فقد حكم بأن الكفاءة المترتبة على معيشة الزوج مع أبيه قاصرة على المهر دون النفقة فيحكم على الكبير الذي يعيش مع والده الغني بما يناسب حاله هو من النفقة لزوجته بدون نظر الى يسار أبيه (١) .

٢٣٣ - المسكن : قلنا ان المسكن من النفقة فيجب على الزوج ان يعد لزوجته مسكنا يليق بحاله فان لم يفعل فان الزوجة لها ان تطلب من القاضي ان يفرض لها اجرة مسكن تسكن فيه وهو يقدر هذه الاجرة مع مراعاة حالة الزوج المالية واجور المساكن .

ويلاحظ أن المسكن الذي يعده الزوج لزوجته يجب ان يكون مناسباً لحاله وان يكون مستوفياً الأدوات المنزلية اللائقة بحال الزوج المالية وان يكون خالياً من سكن الغير عدا ولده الصغير الغير مميز ويجب أيضاً ان يكون بيزه جيران صالحين تأمن فيه على نفسها ومالها . والمسكن بناء على ذلك قد يكون قصراً وقد يكون منزلاً وقد يكون شقة في منزل أو بيتاً في دار وقد يكون غرفة بشرط ان يكون لها غلق وهذا طبعاً يختلف بحسب حال الزوج وما يجرى به العرف بالنسبة لسكن امثاله .

واذا كان جيران الزوج في المسكن ضرة الزوجة او اقاربه فان المشهور ان المسكن يعتبر شرعياً ما دام مستقلاً له غلق وما دام هؤلاء لا يؤذونها بقول او بفعل ، فان كان شيء من ذلك فان المسكن لا يكون شرعياً لعدم تحقق شرط كون الجيران صالحين (٢) .

= ١٩٣١/٦/٢٩ المحاماة الشرعية س / ٣ ع / ٣ رقم ٦٦ ص ٢٧٢ . وتأيد في الاستئناف . ومما جاء به ان الزوج يعتبر قادراً على نفقة زوجته واولاده بيسار وقدرة أبيه اذا كان مقيماً معه في معيشة واحدة وجرت بذلك العادة .
(١) أسيوط الابتدائية الشرعية في ١٩٣٧/٧/٧ المحاماة الشرعية س / ٩ ع / ١ ص ٥١ رقم ٧ وقد طبق الحكم المادة ١٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ورجع الى الفقه في ابن عابدين .

(٢) وقد نصت المادة ٧٠ من قانون حقوق العائلة على انه « يجبر الزوج على تدارك مسكن شرعي بسائر لوازمه في المحل الذي يختاره لاجل الزوجة » ، =

٢٣٤ - وقد حكم بأن حكم الطاعة النهائي مبطل من تاريخه للحكم

الصادر بأجرة المسكن^(١) .

وحكم بأنه لا يصح الأمر بتهيئة مسكن مع كون المطلوب بالدعوى هو

أجرة مسكن^(٢) .

وحكم بأن طلب الحكم بأجرة مسكن للزوجة يمنع منه سبق الحكم على

الزوجة بالطاعة في مسكن لم تزل تهينته^(٣) .

وبأنه اذا ثبت تهينة المسكن في قضية الطاعة وحكم بالطاعة ولو ابتدئيا

فلا تستحق الزوجة اجرة مسكن^(٤) .

= ونصت المادة ٧١ منه على انه : « تجبر الزوجة بعد استيفاء المهر المعجل على الإقامة في بيت زوجها اذا كان مسكنا شرعيا ٠٠٠ » ونصت المادة ٧٢ منه على انه : « ليس للزوج ان يسكن في بيته بدون رضا زوجته احدا من اهله واقاربه عدا ولده الغير مميز وكذا ليس للزوجة ان تسكن معها احدا من اولادها واقاربها بدون رضا الزوج » .

والذي يظهر من هذه النصوص ان الزوج عليه ان يهيء لزوجته مسكنا شرعيا وان يكون هذا المسكن مستوفيا لوازمه ، وان يكون ايضا خاليا من سكن الغير عدا ولد الزوج الغير مميز . وهذه هي أهم شروط المسكن الشرعي الذي يكون على الزوجة الانتقال اليه وعدم تركه بغير اذن الزوج بلا مبرر شرعي ، فان فعلت فانها تكون ناشزة ولا تستحق نفقتها مدة النشوز .

(١) مصر الابتدائية الشرعية في ١٢/٩/١٩٣١ س / ٣ ع / ٧ رقم ١٩٧

ص ٦٤١ .

(٢) مصر الابتدائية الشرعية في ١٢/١٤/١٩٣١ المحاماة الشرعية س / ٣

ع / ٧ رقم ٢٠٠ ص ٦٤٥ . ومثله : مصر الابتدائية الشرعية ٤/١/١٩٣٢ س / ٣ ع / ٩ ، ١٠ رقم ٢٦٢ ص ٨٥١ .

(٣) محكمة بنى مزار الشرعية في ١٠/٧/١٩٣٣ المحاماة الشرعية س / ٥

ع / ٩ ، ١٠ ص ٩٣٦ رقم ٢٦٠ . وقد صار نهائيا بعلم استثنائه .

(٤) محكمة الجبالية الشرعية في ١/١٠/١٩٣٣ المحاماة الشرعية س / ٦

ع / ٣ ، ٤ ، ٥ ص ٤٢١ رقم ١٢٥ . وقد استؤنف وتأيد .

وبأن أجره مسكن الزوجة من نفقتها فيحكم بها من تاريخ الحكم بالنفقة وتبنيته المسكن لا من تاريخ النساء حكم الطاعة في المسكن المأمور بتبنيته (١) .

٢٣٥ - الخادم : الخادم قد يدخل في النفقة فيجب على الزوج ان يدفع لزوجته اجر الخادم بشرط ان يكون موسرا وتكون هي ممن يخدم .
وجوب الخادم لها هنا محل اتفاق لانه يكون لازما فهو من نفقتها ونفقتها عليه .

وان كان مثل الزوجة تخدم بخادمين أو أكثر فقد قال !بو يوسف انه تفرض أجره خادمين أو أكثر . وقال ابو حنيفة ومحمد ان الواجب على كل حال أجره خادم واحد فقط ما دام الزوج موسرا والزوجة ممن يخدم لان الخادم الواحد فيه الكفاية وأكثر من خادم واحد يعتبر من الكماليات . وقول ابي يوسف هو المتفق مع العدالة والعرف وعليه الفتوى الآن فمن النساء من يخدمن بأكثر من واحد ولا يكفي الواحدة منهن في الخدمة خادم واحد فاذا كانت حالة الزوج المالية تسمح بتعدد الخدم لزمته أجره ما تحتاجه الزوجة من الخدم .

ويلاحظ أخيرا ان الزوج اذا كان معسرا فليس عليه أجر خادم للزوجة فيسار الزوج كما تقدم شرط في فرض أجره الخادم (٢) .

(١) مصر الابتدائية الشرعية في ٢٧/٢/١٩٣٥ المحاماة الشرعية س / ٧ ع / ١ ، ٢ ، ٣ ص ١٩٤ رقم ٥٤ .

(٢) يراجع في تقدير النفقة : تنوير الابصار وشارحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين جزء ٢/ صفحة ٦٦٣ وما بعدها وقد جاء في التنوير والدر ما نصه : « ... تستحق النفقة (بقدر حالهما) به يفتى ويخاطب بقدر وسعه والباقي دين الى الميسرة ، ولو كان موسرا وهي فقيرة لا يلزمه ان يطعمهما يأكل بل يندب » وفي حاشية ابن عابدين ايضا « (قوله به يفتى) كذا في الهداية وهو قول الخصاف ، وفي اللوافية : وهو الصحيح وعليه الفتوى ، وظاهر الرواية اعتبار حاله فقط وبه قال جمع كثير من المشايخ ونص عليه محمد . وفي التحفة والبدائع انه الصحيح ... لكن المتن والشروح على الأول . وفي الخانية : وقال بعض الناس : يعتبر حال المرأة : قال في البحر : واتفقوا على وجوب نفقة الموسرين اذا كانا موسرين ، وعلى نفقة المعسرين اذا كانا معسرين . وانما الاختلاف فيما اذا كان احدهما موسرا والآخر معسرا ، فعلى ظاهر الرواية : =

(م ١٦ - الأحوال الشخصية)

٢٣٦ - وقد حكم بأن نفقة خادم الزوجة واجبة على زوجها وهي تفرض بأقل الكفاية فلا يحتاج فرضها للاستفسار لتعرف حال المدعى عليه (١) .

وبأن نفقة الخادم لا تجب الا حيث يكون مملوكا للزوجة والا فعلى الزوج أن يكتري لها خادما ويدفع أجرته لا نفقته . ولا يحتج بجريان العرف على أن الخادم يأكل ويكتسى من مخدومه فوق أجرته فتجب له النفقة وتلاحظ عند فرض نفقة مخدومته لأن هذا عرف خاص لا يصلح ناسخا للنص ولا مقيدا له . على أنه اذا كان عاما لا يكون حجة أيضا لأن حجية العرف مقيدة بما اذا لم يصادم نصا اذ النص أقوى من العرف (٢) .

ومع ذلك فقد حكم بأن من طلبت أجرة خادم لها بدعوى متأخرة عن الحكم لها بالنفقة بشهور كثيرة ولم تدع أنها خدمت فعلا لايجب طلبها . فاذا كان زوجها عاملا كان هذا ادعى لعدم اجابة طلبها لأن العامل ليس ممن تتخدم زوجاته (٣) .

= الاعتبار لحال الرجل ، فان كان موسرا وهي معسرة فعليه نفقة الموسرين ، وفي عكسه نفقة المعسرين ، واما على المفتي به فتجب نفقة الوسط في المسألتين وهو فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة » . ثم قال ابن عابدين انه يرجع في تعريف اليسار والاعسار الى العرف والنظر الى الحال من التوسع في الانفاق وعدمه . ويؤيده قول البدائع : حتى لو كان الرجل مفرطا في اليسار يأكل خبز الحواري ولحم الدجاج والمرأة مفرطة في الفقر تأكل في بيت أهلها خبز الشعير يطعمها خبز الحنطة ولحم الشاة .

(١) الزقاقى الابتدائية الشرعية في ١١/١٠/١٩٣١ المحاماة الشرعية س / ٤ رقم ٩٣ ص ٣١٠ .

(٢) محكمة فوة الشرعية في ٩/١/١٩٣٨ المحاماة الشرعية س/٩/٢ ص ١٤٨ رقم ٢٦ . واستند الحكم على : ابن عابدين ج/٤ ص ١٤ ، ١٥ ، ١٨٩ ، ج/٢ ص ٦٧٢ باب النفقة - وشرح العناية على الهداية ج/٣ في باب النفقة - والفتاوى الهندية باب النفقة - والفتاوى المهدية ج/١ ص ٤١٧ باب النفقة - وقد تأيد الحكم في الاستئناف .

(٣) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ٣١/٣/١٩٣٨ المحاماة الشرعية س / ١٠ / ع ١٠ ص ٩٠٩ رقم ٣٠٠ .

المطلب الثالث

قضايا النفقة

٢٣٧ - قلنا ان الاصل في وجوب النفقة هو وجوب التمكين ، فلا ينتقل الى وجوب التملك الا اذا لم يكن الزوج ينفق على زوجته أو يمكنها من النفقة، فاذا ادعت الزوجة ان الزوج لا ينفق عليها وطلبت من القاضي ان يفرض لها عليه نفقة فان القاضي يحقق في الامر فان وجد ان الزوج يعطيها ما تحتاج اليه أو يمكنها من النفقة فان دعواها تكون عديمة الاساس خليقة بالرفض . وان وجد ان الزوج لا يعطى الزوجة ما تحتاج اليه ولا يمكنها من النفقة فانه يفرض لها عليه النفقة فان كان موسرا فنفقة اليسار وان كان معسرا فنفقة الأعسار ، والقاضي يفرض النفقة حتى ولو كان الزوج معسرا لا يملك شيئا ولا كسب له ولا يفرق بينهما بسبب ذلك ، وهذا في مذهب ابي حنيفة وهناك رأى اخر بان الزوجة لها هنا طلب التفريق للأعسار ، وعلى هذا رأى الاثمة الثلاثة : مالك والشافعي واحمد . ورأى ثالث ان النفقة تسقط بل ان نفقته تلزم الزوجة اذا كان عاجزا ، وعلى هذا رأى اهل الظاهر وهو قول عمر رضي الله عنه .

والقاضي اذا فرض للزوجة النفقة على زوجها المعسر فان لم يستطع اداءها تكون ديناً في ذمته . والزوجة تستطيع ان تستدين هي لتنفق أو تطلب من القاضي ان يأذن لها في الاستدانة على الزوج وهنا يكون الزوج هو المستدين حكماً . واذا لم يكن مع الزوجة ما تنفق منه ولم تجد من تستدين منه تعين على من كانت تجب عليه نفقتها لو لم تكن ذات زوج ان ينفق عليها ، ويكون هذا ديناً على الزوج يستوفي منه عند اليسار .

٢٣٨ - وقد حكم بأن الاعتراف بقبض متجدد النفقة عن شهر معين قرينة قاطعة على قبض المتجدد عن الشهر السابق عليه . (محكمة السنبلولين

الشرعية في ١٩/٤/٣٨ المحاماة الشرعية س / ٩ ع ٧ ص ٦٤٠ رقم ١٣٠ - وقد
تأييد في الاستئناف) .

وحكم بأن أخذ المحكوم عليه وصلا من المحكوم لها باستلامها النفقة عن
شهر معين دليل قاطع على استيفائها المقرر عن المدة التي قبل ذلك الشهر لجريان
العرف بذلك والعرف في الشرع له اعتباره يدور عليه الحكم (محكمة
السيدة الشرعية في ١٩٣٢/١١/١ المحاماة الشرعية س / ٥ ع ٥ / ٦ ص
٥٧٣ رقم ١٥٦) .

وحكم بأنه لا تندفع دعوى نفقة الزوجية بالطلاق متى ثبت بعده اقرار الزوج
بقيام الزوجية وكان بين هذا الاقرار وبين الطلاق المدعى زمن يسع زواجهما
بغيره ثم طلاقها من هذا الغير وعودتها الى عصمته (محكمة الزقازيق الابتدائية
الشرعية في ١٩٣٤/٢/٤ المحاماة الشرعية س / ٥ ع ٦٠٥ ص ٥٥٦ رقم ١٢٨) .

وحكم بأن اقرار الزوج بالمعاشرة مع عدم الاعتراف بالزوجية في تاريخ
سابق على المدة المطلوب النفقة عنها واعلانه الزوجة بما يفيد الطلاق من
تاريخ متأخر على تاريخ المدة المطلوب الحكم بالنفقة عنها دليل على استحقاق
النفقة المطلوبة لثبوت الزوجية باعلان الزوج بما يفيد طلاقها في تاريخ متأخر عن
المدة المطلوب النفقة عنها (محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣٤/٣/١٢
المحاماة الشرعية س / ٥ ع ٧ / ٨ ص ٧٤٧ رقم ١٩٩) .

وبأنه لا يصح دفع دعوى النفقة بالطلاق وانقضاء العدة متى ثبت من اقرار
الزوج وشهوده معاشرته للزوجة بعد الطلاق المدعى بينونة المدعية به لأن معنى
ذلك أن الزوجية تكون قد عادت وبالرجعة تستحق نفقة الزوجية (محكمة كوم
حمادة الشرعية في ١٩٣٢/١/١٩ المحاماة الشرعية س / ٥ ع ٦ / ٥ ص ٥٦٩
رقم ١٥٣) .

وبأن الكفيل خصم في طلب تخفيض ما كفله من النفقة (محكمة مصر
الابتدائية الشرعية في ١٩٣٢/٤/٢٨ المحاماة الشرعية س / ٤ رقم ٢٠٥ ص.
٦٣٣) .

وبأن عدم الخصومة بين الزوجين في النفقة مانع من مطالبة الكفيل بها
(محكمة الجمالية الشرعية في ١٩٣٧/٣/١ المحاماة الشرعية س. / ٤٨ / ٧ ،
١٠ ، ٩ ، ٨ ص ٢٨٣ رقم ٦٢) .

وحكم بأن ما يدفعه الزوج من النفقة لزوجته جبرا بقوة السلطة التنفيذية
يجوز له استرداده متى ظهر أنها استولت عليه بغير حق ويكون دينا له عليها
يتقاص مع ما تستحقه من دين نفقتها متى طلب المقاصة . وبأن نفقة الولد لا
تسقط عن الأب بدين له على الأم فلا يسمع منه شرعا طلب المقاصة بين دين
نفقة الولد ودين له على الأم (محكمة السيدة الشرعية في ١٩٣٢/٩/١٩
المحاماة الشرعية س. / ٤ رقم ٢٤٩ ص ٧٨٢) .

وحكم بأن المحاكم الشرعية مختصة بالنظر والفصل في قضايا النفقة
سواء كانت نفقة زوجية أو كانت بين الأصول والفروع وذوى الأرحام بمقتضى
المادتين ٦٥ ، ٦٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (محكمة النقض في ١٩٣٣/١١/٢٠
المحاماة الشرعية س. / ٥ ع / ٣ ، ٤ ص ٣٨٠ رقم ١١٣) .

وبأن المحاكم الشرعية مختصة بالنظر في قضايا الجهاز سواء على مسئله
أو من قام مقامه . (محكمة اسبوط الابتدائية الشرعية في ١٩٣٣/٩/١٠
المحاماة الشرعية س. / ٥ ع / ١ ، ٢ ص ١٤٩ رقم ٥٥) .

وحكم بأن الكفالة ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل في المطالبة ومعناه أن يكون
للكفول له مطالبة الأصيل أو الكفيل أيهما شاء بلا شرط ولا قيد . وبأن الكفيل
في نفقة الزوجة إنما يجب عليه أداء مثل ما يجب لها من النفقة على زوجها شرعا
ولا يجب عليه شيء بعد ذلك . وبأن للزوجة أن تطالب الكفيل في نفقتها سواء
أكانت النفقة المطلوبة مفروضة من القاضي أم لم تكن كذلك ولا يلزم لثبوت هذا
الحق لها على الكفيل أن يكون بينها وبين زوجها نزاع فيها (محكمة طنطا
الابتدائية الشرعية في ١٩٣٢/٨/٣ المحاماة الشرعية السنة / ١ رقم ٧١
ص ٢١٦) .

كما حكم بأنه لا تتوقف صحة الكفالة على ثبوت قبول المكفول له إياها في مجلسها . ومما جاء في الحكم : (الامام والصاحبان وإن اختلفوا في القبول هل هو ركن في الكفالة أم لا ؟ فقال الامام ومحمد : هو ركن ولا تصح الكفالة الا بالقبول في المجلس . وقال أبو يوسف أخيرا ان القبول ليس ركنا والكفالة بالايجاب وحده صحيحة ، فقد اختلف النقل فيما هو المفتى به فقلد جاء في أنفع الوسائل بعد أن ذكر أقوالا في هذا : قلت فتحرر لنا من هذا أن الكفالة بالنفس أو المال لا تصح الا بقبول المكفول له في المجلس أو يقبل عنه فضولي ثم ييجز ذلك اذا بلغه (فتح) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف في قوله الآخر لا يحتاج الى قبول لا من المكفول له ولا من الفضولي (الفتوى على أقوالهما) .

وجاء في الفتاوى الانقروية ما نصه : « اذا كان المكفول له غائبا فهي باطلة خلافا للثاني ، ولو كان المكفول عنه غائبا فكفل وأجاز الطالب وهو حاضر جاز . وإن قبل عن الغائب في المجلس قابل توقف . وإن لم يقبل عنه قابل بطل عندهما . وفي بعض الكتب ان الفتوى على قول الثاني . وقال في هامشها عند قوله : فهي باطلة خلافا للثاني : هذا اذا لم يقبل عن الغائب في المجلس رجل ، فان قبل أو خاطب الفضولي عن الطالب بأن قال تضمن لفلان أو اضمن لفلان فقال قد فعلت يتوقف على اجازة الغائب وللكفيل أن يخرج عن الكفالة قبل اجازة الغائب كذا في الخلاصة » .

وجاء في حاشية ابن عابدين في الكفالة عند قول المتن : وركنها الايجاب والقبول بعد ذكر الخلاف المتقدم مانصه : (وفي الدرر والبزاية وبقبول الثاني يفتى . وفي أنفع الوسائل وغيره : الفتوى على قولهما) وبذلك لا يكون القبول في الكفالة على قول أبي يوسف ركنا ، وتصح الكفالة بدونه . وقد نقل أن عليه الفتوى في بعض الكتب كما توضح ولا تكون الكفالة باطلة على فرض عدم وجوده (محكمة أسيوط الابتدائية الشرعية في ١٣/١١/١٩٣٢ المحاماة الشرعية س / ٤ رقم ١٣٧ ص ٤٣٨) .

وحكم بأن تواطؤ الزوجة مع زوجها على تقرير نفقة لها ليؤمر كفيله بأدائها مانع من سماع الدعوى على الكفيل . (محكمة الجمالية الشرعية في ١٤/٧/١٩٣٢ المحسامة الشرعية س / ٤ رقم ١٠٣ ص ٣٢٣ . وقد تأيد في الاستئناف) .

٢٣٩ - والزوج ان امتنع عن اداء النفقة المفروضة عليه لزوجته وكان هذا الامتناع منه عن قدرة أو كان غير معروف الحال فان الزوجة لها ان تطلب من القاضي حبسه حتى يؤدي لها النفقة المفروضة أو يتبين انه عاجز فعلا عن الانفاق أو يثبت ان لديه مالا ظاهرا يمكن اخذ النفقة منه بالتنفيذ عليه فيه جبرا عنه .

والاصل في ذلك ان جمهور الفقهاء في الشريعة الاسلامية يقولون بالحبس في الديون فالمدين يجبس في كل دين لزمه اذا كان قادرا على الدفع وطولب به فلم يوف لانه بذلك يكون ظالما يستحق العقوبة لقول الرسول ﷺ : « مطل الغنى ظلم » . اما اذا ثبتت عسرته فانه لا يجبس بل يستحق النظرة الى الميسرة لقوله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » (١) لان الحبس مع العسرة ظلم فلا يحل (٢) .

وبناء على ما تقدم يجب للحبس ان يكون هناك دين نفقة على الزوج بان تقدر وتمضي مدة لا يدفع النفقة المستحقة عنها وان يكون قادرا على الدفع او يظن به ذلك .

ومدة الحبس متروك تقديرها للقاضي لان الحبس لحمل الزوج على الاداء واكراهه عليه وهذا امر يختلف فيه الناس (٢) .

(١) سورة البقرة آية رقم ٢٨٠ .

(٢) التعزير في الشريعة الاسلامية للمؤلف : طبعة ثالثة فقرة ٣٥٩ وما بعدها وفيه الكلام عن الحبس في الدين .

(٣) في جمهورية مصر العربية لا يجبس القضاة في دين النفقة لمدة تزيد عن

٢٤٠ - وقد حكم بأنه اذا ظهر بعد الحكم بالحبس في النفقات أن المحكوم عليه معسر يوقف تنفيذ حكم الحبس ويفرج عنه في الحال ما لم يكن محبوسا لسبب آخر (١) .

وبأنه لاتوقف اجراءات التنفيذ في قضايا الحبس لمجرد ايداع المبلغ على ذمة الفصل في دعوى براءة الذمة بل لابد من تقديم أوراق تدل على براءة الذمة على فرض صحة تلك الأوراق وأن لقاضي الحبس تقدير قيمة الدفع ببراءة الذمة ، هل هو جدى يوقف من أجله التنفيذ بالحبس أو حيلى لا يلتفت اليه ولا يؤثر في اجراءات القضية . وأن للقاضي متى تبين له أن الدفع ببراءة الذمة حيلى أن بأذن بصرف المبلغ المودع على ذمة طالب التنفيذ (٢) .

القضاء على الغائب في النفقة :

٢٤١ - من المقرر في مذهب أبى حنيفة ان فرض النفقة بمعرفة القضاء يعتبر حكما في نزاع والحكم لابد له من دعوى ، والدعوى في هذا المذهب لا تكون الا في مواجهة مدعى عليه حاضر ولا يقضي على غائب الا اذا كان هذا القضاء في ضمن القضاء على حاضر . وعلى ذلك فاذا كان للزوج الغائب مال حاضر من جنس النفقة كالنقود او الطعام او الكسوة فان القاضي

= على شهر وسند ذلك المادة ٣٤٧ من المرسوم بقانون ٧٨ سنة ١٩٣١ ونصها « اذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو في اجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن يرفع ذلك الى المحكمة الجزئية التي اصدرت الحكم أو التي بدائلتها محل التنفيذ ومتى ثبت لديها ان المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به ولم يؤد حكمت بحبسه ولا يجوز ان تزيد مدة الحبس على ثلاثين يوما . اما اذا ادى المحكوم عليه ما حكم به أو احضر كفيلا فانه يخلى سبيله وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » .

(١) محكمة طنطا الجزئية الشرعية في ١٣/٣/١٩٣٣ المخاماة الشرعية س / ٢٥٣ رقم ٧٩٦ .

(٢) محكمة الزقازيق الشرعية في ٢٧/١٠/١٩٣٨ المخاماة الشرعية س / ٢٠ ع / ٨ ص ٧٥٠ رقم ١٥٧ .

له ان يأمر الزوجة بالانفاق من هذا المال ما دامت طلبت ذلك وتحقق فيها سبب الوجوب وهو كونها زوجة للغائب ومن ذلك ان يكون القاضي عالما بالزوجية وأساس ذلك أن الزوجة لها حق في مال الزوج فتأخذ منه بقدر حاجتها وامر القاضي هنا يعتبر من قبيل الاعانة وليس قضاء فلا يقال بعدم جوازه بحجة انه قضاء على غائب من غير ان يكون له خصم حاضر وان القضاء على الغائب غير جائز في مذهب الحنفية .

٢٤٢ - واذا كان المال الذي هو من جنس النفقة في يد مدين به للزوج أو مودع لديه وكان كل منهما مقرا بالمدين أو بالوديعة وكذلك بالزوجية او كانا ينكران الزوجية والقاضي يعلم بها فالقاضي هنا أيضا يفرض لها النفقة من مال الغائب لدى المدين او المودع لديه ويأمر من عنده المال بانفاق هذا المفروض . وكذلك الحال اذا كان كل منهما ينكر المال وكان القاضي يعلم به وان حضر الغائب فللمنكر ان ينازعه في ثبوت المال عليه او في عدم ثبوته .

واذا صدر أمر القاضي للزوجة بالانفاق من مال زوجها الغائب لدى المدين أو المودع لديه فان للقاضي ان يستوثق منها كفيلا ان شاء . فنفاذ أمر القاضي هنا يكون معلقا على شرط تقديم الكفالة او غير معلق على هذا الشرط حسبما يراه القاضي تبعا لكل حالة . لكن قيل بان تقديم الكفيل هنا واجب وأن هذا هو الاولى بالأخذ . ويلاحظ هنا كذلك ان القاضي مع أخذ الكفيل يحلف الزوجة يمينا تسمى يمين الاستيثاق بانها لم تطلق وانتهت عدتها وانها ليست ناشزة وان زوجها لم يقدم لها نفقة معجلة مدة غيابه عنها .

واذا كان المودع لديه أو المدين غير مقر بالوديعة او الدين وغير مقرر أيضا بالزوجة أو كان غير مقر بشيء منهما ولم يكن القاضي على علم بهما أيضا فقد قال أبو حنيفة والصاحبان أن البينة هنا لا تقبل لعدم الخصم الحاضر اذ الأمر يعتبر قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر ، وهذا

عندهم لا يجوز ، وعلى ذلك فلا يمكن الأمر بالانفاق من الوديعة او من الدين في هذه الحالة . وقد قال زفر ان القاضي يسمع من الزوجة الاثبات لما انكره من عنده المال وبعد الاثبات يقضي بالنفقة ، ولا يتضمن هذا الحكم عنده قضاء بالزوجة بل يثبت به الفرض فقط لأن البينة عنده انما تسمع لاثبات حق الزوجة في الفرض لا لاثبات الزوجية على الشخص الغائب . ويلاحظ هنا انه لو قضي لها بالنفقة فانه يؤخذ منها كفيلا وتحلف يمين الاستيثاق المذكور ايضا .

٢٤٣ - واذا كان المال الذي تركه الغائب من غير جنس النفقة كأن يكون من العقار أو من العروض التي هي من غير جنس النفقة كالعربات والخيول والمفروشات فقد اتفق الحنفية على ان هذا المال لا يباع في سبيل النفقة لأن مال المدين الحاضر لا يباع جبلا عنه لسداد الدين اذا امتنع عن الأداء وذلك عند أبي حنيفة بل يحبس حتى يؤدي ما عليه فمن باب أولى انه لا يباع مال الغائب عنده لسداد دينه . كما انه عند الصاحبين يجوز بيع مال المدين الحاضر جبلا عنه لسداد دينه عند امتناعه عن الوفاء والغائب لا يعلم امتناعه عن الوفاء فهما أيضا يقولان بامتناع بيع ما له لسداد دينه .

٢٤٤ - اذا لم يخلف الزوج الغائب مالا مطلقا فقد قال ابو حنيفة وصاحبا بان القاضي لا يفرض للزوجة النفقة لأن في هذا قضاء على الغائب اما زفر فقد قال انه يفرض لها النفقة ان اقامت بينة على الزواج ، ويكون الأمر قاصرا على فرض النفقة دون الزواج ، وهي تنفق من مالها ان كان لها مال أو تستدين عليه فان لم يوجد من تستدين منه أمر القاضي من تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة بأدائها ويكون ما تنفقه أو تستدينه دينا على زوجها الا اذا نازع في استحقاقها النفقة بان يقول انه ادى لها ما كان يجب عليه من نفقة او انه لا نفقة عليه لها لسبب من الأسباب والقاضي هنا يحقق هذا الدفاع ويحكم على مقتضى ما يظهر له انه الحق في المسألة (١) .

(١) الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية (النسب والرضاعة والحضانة ونفقة الأقارب) ، للمؤلف طبعة ثانية ص ٥٩١ وبما بعدها .

٢٤٥ - وقد كان العمل في جمهورية مصر العربية قبل القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على مذهب زفر لأنه هو الذى كان مفتى به في المذهب الحنفى لما فيه من المحافظة على حق الزوجة ولأنه لا ضرر فيه على الغائب بسبب ما يتخذ من احتياطات لحفظ حقه من اخذ كفيل وتحليف الزوجة اليمين بانها تستحق على زوجها النفقة . ولكن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ نص في المادة الخامسة منه على انه : « اذا كان الزوج غائبا غيبة قريية فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله وان لم يكن له مال ظاهر اعذر عليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له اجلا فان لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها او لم يحضر للانفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الاجل . فان كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول اليه أو كان مجهول المحل او كان مفقودا وثبت انه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي » .

والذى يؤخذ من هذا النص بالنسبة للنفقة ان الزوج الغائب اذا كان له مال ظاهر فان القاضي يحكم عليه بالنفقة وينفذ هذا الحكم في ماله الظاهر يستوى أن يكون من جنس النفقة أو من غير جنسها ، وانه اذا لم يكن له مال ظاهر فانه يحكم عليه أيضا بالنفقة اذا طلبت الزوجة ذلك وهى تستدين عليه . وهذه الأحكام تتفق مع أحكام الفقه المنطبقة اذا لم يكن الزوج غائبا . ويلاحظ ان اصطلاح المال الظاهر المقصود به هو ما يمكن التنفيذ عليه بالطرق المعتادة .

وبالنسبة لحالة كون الزوج ليس غائبا نصت المادة الرابعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على انه : « اذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله فان لم يكن له مال ظاهر ولم يقل انه معسر او موسر ولكن اصر على عدم الانفاق طلق عليه القاضي في الحال وان ادعى العجز فان لم يثبت طلق عليه حالا وان اثبتته امهله مدة لا تزيد على شهر فان لم ينفق طلق عليه بعد ذلك » وسنعود للكلام عن هذه المادة والمادة الخامسة المذكورة عند التعرض للطلاق .

٢٤٦ - وقد نصت المادة ٩٤ من قانون حقوق العائلة على انه : « اذا امتنع الزوج الحاضر عن الانفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة

يقدر الحاكم النفقة حسب حال الطرفين اعتبارا من يوم الطلب ويأمر باعطائها سلفا عن المدة التي يعينها » . ونصت المادة ٩٦ على انه : « اذا عجز الزوج عن الانفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة فالحاكم يقدر النفقة اعتبارا من يوم الطلب على ان تكون ديننا بذمة الزوج ويأذن الزوجة بان تستدين باسم الزوج » . وقد قالت المادة ٩٨ ان الزوجة المعسرة اذا كانت مأذونة بالاستدانة من طرف الحاكم ينظر من تلزمه نفقتها اذا كانت ليست بذات زوج فيلزم باقراض الزوجة عند الطلب وفي الاستقبال له حق الرجوع على الزوج فقط اما اذا استدان الزوج من أجنبي فالدائن مخير ان شاء طلب من الزوجة وان شاء من الزوج .

ومفاد هذه المواد ان القاضي يقدر نفقة الزوجة ويأمر الزوج بها اذا امتنع عن الانفاق ، وهو أيضا يقدرها في حالة عجز الزوج عن الانفاق اذا طلبت هي النفقة ويكون ما يقدر ديننا في ذمة الزوج ، والقاضي يأذن الزوجة بالاستدانة باسم الزوج وفرض النفقة على الزوج مع عجزه واذن الزوجة بالاستدانة عليه هو مذهب أبى حنيفة . والزوجة ان استدان من أجنبي فلهذا ان يطلب ما دفع اما من الزوجة او من الزوج ، واذا كان من أقرض الزوجة هو من يجب عليه نفقتها لو لم يكن هناك زوج فهو لا يرجع بما انفق الا على الزوج فقط .

وبالنسبة للقضاء على الغائب بالنفقة نصت المادة ٩٧ من قانون حقوق العائلة على انه : « لو ترك الزوج زوجته بلا نفقة واختفى او تغيب بذهابه لمحل بعيد مدة سفر او أقرب أو فقد فالحاكم يقدر النفقة اعتبارا من يوم الطلب بعد اقامة البيئة على الزوجية وتحليفه الزوجة بان الزوج لم يترك لها نفقة وانها الآن ليست ناشزة وليست مطلقة انقضت عدتها ويأذن الزوجة لدى الحاجة بالاستدانة باسم الزوج » . وفي هذه الحالة أيضا يسرى حكم المادة ٩٨ المار اذا كانت الزوجة مأذونة بالاستدانة من طرف الحاكم خلا محل لاعادة الكلام في هذه المادة . والملاحظ في المادة ٩٧ ان القاضي يفرض النفقة للزوجة اذا طلبت بعد ان تقوم لديه البيئة وبعد ان تحلف الزوجة يمين الاستيثاق المذكور في هذه المادة ، والاثبات بالبيئة هنا كالاثبات

بالبينة الوارد في المادة ٩٩ وسنتكلم عنها الآن وهي قد نصت على انه اذا كان للزوج الغائب مال بيد الغير أو بذمته وأقر المستودع أو المدين بالمال الذي بيده أو بذمته وبالزوجية أو انكر ذلك واثبتته الزوجة بالبينة فبعد ان يحلف الحاكم الزوجة بان الزوج لم يترك لها نفقة وانها الآن ليست ناشزة او مطلقة مضت عدتها يقدر النفقة للزوجة من ذلك المال او من ثمنه اعتبارا من يوم الطلب » .

والذى يلاحظ على هذا النص ان المدين او المودع لديه ان اقر بالمال وبالزوجية فان القاضي يقدر النفقة للزوجة من هذا المال او من ثمنه . وهو يفعل ذلك أيضا اذا انكر المدين او المودع لديه المال او الزوجية او هما معا واثبتته الزوجة بالبينة . وفي الحالتين يجب تحليف الزوجة على ما هو مبين في المادة . فالشارع اللبناني لم يفرق بين حالة الاقرار وحالة الانكار وجعل للزوجة الاثبات بالبينة والقاضي يفرض النفقة بعد هذا الاثبات ، وهذا يتفق مع مذهب زفر خلافا لأبى حنيفة والصاحبين فهم على عدم جواز الاثبات هنا بالبينة ما دام هناك انكار لأنه قضاء على خصم غائب وهو لا يجوز . كما ان الشارع لم يفرق أيضا بين كون المال الذى لدى الوديع او في ذمة المدين من جنس النفقة أو من غير جنسها فجعل الحكم واحدا وهذا بالنسبة للمال الذى ليس من جنس النفقة مخالف لمذهب الحنفية الذى يقول بعدم امكان بيع المال هنا جبرا لسداد النفقة .

ويلاحظ أيضا ان النص لم يذكر جواز الاستيثاق باخذ الكفيل او وجوب ذلك على التفصيل الذى مر في الفقه فلم يرد ذكر للكفيل .

المطلب الرابع

متى تكون نفقة الزوجة ديناً على زوجها

٢٤٧ - لا خلاف بين الفقهاء في أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها .

لكن الخلاف قد حصل بينهم في الوقت الذى تصير فيه ديناً في ذمة الزوج وفي قوة هذا الدين .

فلدى الحنفية لا تكون النفقة ديناً في ذمة الزوج الا اذا تراضي عليها الزوجان أو فرضها القاضي وقبل ذلك لا تكون ديناً في الذمة فلو مضت مدة لم ينفق فيها الزوج على زوجته وانفقت هي على نفسها دون تراض أو فرض قاض فان نفقة هذه المدة تسقط عن الزوج فلا يكون لها ان تطالبه بها الا ان تكون المدة التي انفقت فيها على نفسها دون الشهر فلها هنا مطالبة الزوج بنفقة هذه المدة وعلّة ذلك انه لا بد من مضي مدة تتمكن فيها الزوجة من مقاضاة زوجها طالبة نفقتها أو تراضي فيها معه على نفقتها . وإذا كانت النفقة مفروضة بالتقاضي أو التراضي فانها لدى الحنفية تصير ديناً في ذمة الزوج ويكون لها أن تطالبه بمتجمد النفقة عن مدة ماضية مهما كانت هذه المدة ما دامت تالية للتقدير بالتقاضي أو التراضي . ولكن يلاحظ ان الزوجة اذا لم تكن مأذونة بالاستدانة من الزوج أو من القاضي أو كانت ولم تستند النفقة بالفعل فان دين متجمد النفقة يعتبر ديناً ضعيفاً ليس ككل دين بل يسقط بواحد من خمسة هي : الاداء ، والإبراء ، والنشوز ، الطلاق ، وموت أحد الزوجين . فاذا كانت هناك نفقة متجمدة ونشزت الزوجة بعد ذلك عن طاعة الزوج أو مات أحدهما عن الآخر أو حصل طلاق من الزوج لها فإن هذا المتجمد يسقط عن أية مدة ماضية . ويلاحظ ان هناك خلافاً في السقوط بالطلاق : فقد قيل أن الطلاق غير مسقط لمتجمد النفقة حتى لا يتخذ الأزواج ذريعة للتخلص مما تجب في ذمتهم من نفقات لزوجاتهم ، وقيل انه مسقط لكن الراجح في المذهب الحنفي انه مسقط لمتجمد النفقة اذا كان بسبب من جهة الزوجة وغير مسقط ان لم يكن كذلك .

وإذا حصل تراض على الفرض أو فرضت النفقة من قبل القضاء واذنت الزوجة من زوجها أو من القاضي بالاستدانة . وحصلت الاستدانة بالفعل فان دين النفقة المستدانة هكذا يكون ديناً قوياً كسائر الديون فلا يسقط الا بالإبراء أو الإبراء .

ومذهب الأئمة الثلاثة : مالك والشافعي وأحمد مقتضاه ان نفقة الزوجة على زوجها تصير ديناً في ذمته بمجرد وجوبها وامتناع الزوج عن أدائها ، وهي متى صارت ديناً فانها تأخذ عندهم حكم سائر الديون فلا يسقطها الا الاداء أو الإبراء .

٢٤٨ - ما عليه العمل في جمهورية مصر العربية : قبل القانون رقم ٢٥

لسنة ١٩٢٠ كان العمل في جمهورية مصر العربية بالنسبة لدين النفقة على المذهب الحنفي فكانت نفقة الزوجية لا تعتبر دينا في ذمة الزوج الا اذا حصل بشأنها تراض أو حكم قاض وكان هذا الدين ضعيفا فلم يكن يسقط فقط بالاداء أو الإبراء بل كان يسقط ايضا بالنشوز وبالطلاق وبموت احد الزوجين ما دام ان الزوجة لم تكن مأذونة بالاستدانة ولم تستدن بالفعل نفقتها .

اما بعد صدور القانون المذكور فقد عدل عن المذهب الحنفي في هذا الشأن واخذ الشارع بمذهب الاثمة الثلاثة فنص في المادة الاولى من القانون المذكور على انه : « تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكما دينا في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الانفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو قراض منهما . ولا يسقط دينها الا بالاداء أو الإبراء » ونص في المادة الثانية منه على ان : « المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر نفقتها دينا كما في المادة السابقة من تاريخ الطلاق » .

وقد جاء في تعليمات وزارة العدل بعد صدور هذا القانون والعمل به بغية الاستعانة على تفهم احكامه ان هاتين المادتين قد اشتملتا على حكمين مخالفين لما كان العمل جاريا عليه قبل صدور القانون المذكور وهما :

- (١) ان نفقة الزوجة أو المطلقة لا يشترط لاعتبارها دينا في ذمة الزوج القضاء أو الرضاء بل تعتبر دينا من وقت امتناع الزوج عن الانفاق مع وجوبه .
- (٢) وان دين النفقة من الديون الصحيحة وهي التي لا تسقط الا بالاداء أو الإبراء .

ويترتب على هذين الحكمين :

- (أ) ان للزوجة أو المطلقة ان تطلب الحكم لها بالنفقة على زوجها عن مدة سابقة على الترافع ولو كانت أكثر من شهر اذا ادعت الزوجة تركها من غير

نفقة مع وجوب الانفاق عليها في هذه المدة طالت أو قصرت ومتى اثبتت ذلك بطريق من طرق الاثبات فانه يحكم لها بما طلبت .

(ب) ان دين النفقة لا يسقط بموت احد الزوجين ولا بالطلاق فللمطلقة الحق فيما تجمد لها من النفقة حال قيام الزوجية ما لم يكن ما تجمد لها عوضا عن الطلاق (١) .

(ج) ان النشوز الطارئ لا يسقط متجمد النفقة ولكنه يمنع من وجوبها مدة نشوز الزوجة أو المعتدة .

وكان مقتضى ما نص عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ انه يمكن المطالبة بتجميد النفقة عن مدة طويلة سابقة على رفع الدعوى وهذا يغرى كثيرا من النساء بالكذب والاحتيال لاخذ المال بالباطل لذلك منع الشارع سماع الدعوى بالنفقة عن مدة سابقة على الطلب لاكثر من ثلاث سنوات فقد نصت الفقرة السادسة من المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ وهو المسمى بلائحة الاجراءات امام المحاكم الشرعية على انه « ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لاكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ رفع الدعوى » .

٢٤٩ - وقد نصت المادة الثانية من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ في مصر على أنه يستبدل بنص المادة (١) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية النص الآتى :

(١) يلاحظ ان النفقة تفرض لمعنى الحاجة المتجددة فاذا فرضت مثلا كل شهر صارت الحاجة متجددة بتجدد كل شهر وقبل تجده لا يتجدد الفرض فلم تجب النفقة قبله ولا يصح الابرء عما لم يجب . وعلى ذلك فالابرء الذى يسقط النفقة هو الابرء عن النفقة الماضية لا المستقبلية . ومثل الابرء هنا الهبة فهبة الدين للمدين تعتبر ابراء له منه ويستثنى مما تقدم ان تبرئه من نفقة العدة لان هذا الابرء بعوض وهو استيفاء قبل الوجوب فيجوز (جاشية ابن عابدين جزء ٢ / صفحة ٦٧١) .

« » ٧ - ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لا كسر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى » .

وقالت المذكرة الايضاحية لهذه الفقرة : أخذ المشروع بقاعدة جواز تخصيص القضاء فنص على ألا يسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لا كسر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

ذلك لأن في اطلاق اجازة المطالبة بالنفقة عن مدة ماضية سابقة على تاريخ رفع الدعوى احتمال جواز المطالبة بسنين عديدة كما أن المدة التي كانت مقررة في المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة المحاكم الشرعية وهي ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى غدت كثيرة مما رأى معه هذا المشروع الاكتفاء بسنة واحدة عن طريق منع سماع الدعوى ، ولا يضار صاحب الحق بهذا الحكم اذ يمكنه المبادرة الى طلب حقه حتى لا تمضي عليه سنة فأكثر .

وحسنا فعل النص المذكور وتكفى النفقة المتجمدة لمدة سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى وفضلا عن ذلك - كما قالت المذكرة - ان صاحب الحق يسعه أن يسارع برفع الدعوى بالنفقة حتى يتحاشى ضياع شيء من حقه الذي يدعى .

ونصت الفقرة السادسة من المادة المذكورة على أنه : « وتعتبر نفقة الزوجة دينا على الزوج من تاريخ امتناعه عن الانفاق مع وجوبه ولا تسقط الا بالأداء أو الإبراء » .

ونصت الفقرة الأخيرة منها على أنه : « ويكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج ويتقدم في مرتبته على ديون النفقة الأخرى » .

وقالت المذكرة الايضاحية عن الفقرة السادسة آنفه الذكر ان المشروع نص فيها على أن نفقة الزوجة تعتبر دينا على الزوج من تاريخ الامتناع عن (م ١٧ - الأحوال الشخصية)

الانفاق مع وجوبه ولا تسقط الا بالأداء أو الإبراء وهذا هو الحكم القائم ، وهو مأخوذ من فقه المذهب الشافعي .

٢٥٠ - وقد حكم بأن النهى بالمادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣٢ عن سماع دعوى النفقة عن مدة مضي عليها ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى قاصر على النفقة غير المقرضة قضاء أو رضا فلا تشمل المقرض بواحد منهما (١) .

٢٥١ - وحكم بأن للمدين تقديم بعض الدائنين على بعض للحصول على دينهم ولا توزع ديونه بالحصص بغير رضا .

١ - ومما جاء في الحكم أن المنصوص عليه شرعا أن المدين له أن يقدم بعض الدائنين للحصول على دينهم ولا توزع ديونهم بالحصص بغير رضا الا اذا كان الرضا في مرض الموت لتعلق الديون اذا بالتركة لا بالزامة (كتاب الحبس والمدائبات من تنقيح الحامدية) .

٢ - وجاء به أيضا أن طلب الحكم بالأولوية في صرف متجهد النفقة والحجز لحكم النفقة على ما للمحكوم عليه بها تحت يد الغير . تقديمه على ما يكون عليه من حجوز أخرى لدائنين آخرين . رأى المدين المحكوم عليه بالنفقة في ذلك (٢) .

وحكم بأنه لا يسقط دين النفقة مع وجوب الانفاق من تاريخ الامتناع عن الانفاق بدون توقف على قضاء أو رضا الا بالأداء أو الإبراء ويصير

(١) محكمة بنى سويف الشرعية في ١٧/٣/٣٦ المحاماة الشرعية س / ٨ ع / ١ ، ٢ ، ٣ ص ٢٠٨ رقم ٧٣ وقد تعرض الحكم للمادتين ١ ، ٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ولل المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية حيث أضيفت لها فقرة (ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى) .

(٢) محكمة مصر الجزئية الشرعية في ٦/٧/١٩٢٧ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ٥ رقم ١٢١ ص ٤١٩ - وأنظر حكم محكمة مصر الابتدائية =

دينا بعد فرضها ونقسم بوفاة المفروضة له على ورثته حسب الفريضة
كسائر الديون الصحيحة (١) .

وحكم بأن نفقات الزوجة والأصول والفروع واجبه قبل القضاء بها الذي
هو من قبيل الاعانة والفتوى وهو مظهر للحق لا مثبت له والتراضي عليها
مازم كالقضاء بها . ونفقات غير هؤلاء من ذوى الأرحام لا تجب الا بالقضاء
والقضاء فيها مثبت للحق لا مظهر له والتراضي عليها غير ملزم بها (٢) .

ومع ما تقدم فقد حكم ان دين النفقة مقدم وفاؤه شرعا على سائر
الديون (٣) .

وقد حكم أيضا بأنه اذا طلب الزوج مقاصة دينه بمتجدة نفقة الزوجة
عليه اجيب الى طلبه لأن دينه أقوى من دينها شرعا .

وقد قال الحكم ان متجدة النفقة بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠
دين قوى فيصح مقاصته بدين الزوج سواء أكان ذلك بطلبها أم بطلبه (٤) .
وحكم بأن النفقة المعجلة انما تعتبر صلة وهبة لا يجوز الرجوع فيها
اذا دفعت للزوجة أو القريب . لأن كلا من الزوجية والقربة مانع من الرجوع
في الهبة اذا كانت دفعت بالرضا والاختيار .

= الشرعية في ١٩٣٢/٤/٦ المحاماة الشرعية . س/٤ رقم ٢٠٠ ص ٦٢٥ وما جاء
فيه ان القول قول المدين في بيان جهة ما يسدده من الدين . وفي هذه القضية ارسل
قول المدين في بيان جهة ما يسدده من الدين . وفي هذه القضية ارسل
اليها نقودا فقالت هي في دين لأخيها وليس من نفقتها والمحكمة لم تأخذ بذلك
لأن القول قول المدين لأنه أعلم بجهة الدين .

(١) محكمة ميت غمر الشرعية في ٣٦/٧/٢٨ المحاماة الشرعية س / ٨
ع/٥٤ ، ٦ رقم ٥٨ ص ٢٢ .

(٢) محكمة السويس الشرعية في ٣٥/٥/١٩ المحاماة الشرعية س / ٩
ع / ٨ ص ٧٣٧ رقم ١٥١ .

(٣) محكمة السنطة الشرعية في ٣٨/١٠/٢٤ المحاماة الشرعية س/١٠
ع / ٣ ص ٢٦٩ رقم ١٧٠ .

(٤) محكمة سنورس الشرعية في ١٩٣٢/٣/١٩ المحاماة الشرعية س / ٥
ع / ٦٠ ، ٥٧٢ رقم ١٥٥ .

اما اذا كانت قد دفعت بطريق الجبر والاكراه فلا تكون صلة ويكون له حق الرجوع فيها وطلب ردها اذا كانت قد أخذت منه بغير حق (١) .
وحكم بأن الزوجة مقدمة على غيرها في تنفيذ حكم النفقة الصادر لها على زوجها فيحكم لها بأولويتها في الحجز على ربع راتب زوجها لتستوفى هي أولا ما حكم لها به عليه والباقي ينفذ منه لغير الزوجة من الحاجزين (٢) .

وأفتى بأنه اذا اجتمع على المحكوم عليه من نفقة مالمزوجته وما لاولاده الصغار وما لاولاده الكبار من ذلك قدم ما للزوجة على ما للأولاد ثم ما للصغار على ما للكبار منهم . ومما جاء بالفتوى أن كتب الفقه الحنفى ليس فيها نص بألوية نفقة الزوجة على نفقة الأولاد عند ضيق مال الزوج ولكن جرى الافتاء باستنتاجا مما قاله الفقهاء من أن نفقة الزوجة تجب بالعقد وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول ويحبس الزوج عليها متى كانت بالقضاء أو الرضاء ولا تسقط بعد ذلك بمضي المدة على ما عليه العمل لأنها جزء الاحتباس ولذلك تجب لها على الزوج ولو كانت غنية . ومن ذلك يتبين أن منزلة نفقة الزوجة أرقى من منزلة نفقة الابن . وتقديم الأولاد الصغار على الكبار منصوص عليه في فتاوى قاضيخان (٣) .

٢٥٢ - ما عليه العمل في لبنان : نص في المادة ٩٢ من قانون حقوق العائلة على أن : « النفقة تصير لازمة الاداء بتراضي الزوجين على شيء معين **أو بحكم القاضي** » . ونص في المادة ٩٥ على أنه : « اذا امتنع الزوج الحاضر

(١) محكمة المنيا الشرعية في ١٩٣٦/٤/٢٠ المحاماة الشرعية س / ١٠ ع / ١ ص ٧٧ رقم ٢٠ .

(٢) محكمة عابدين الشرعية في ١٩٢٩/٤/٢١ المحاماة الشرعية س / ٢ ع / ٢ رقم ٦٧ ص ٢١٩ . وقد قدم الحكم الزوجة على والد الزوج في تنفيذ الحكم على ربع مرتب الزوج .

(٣) فتوى من الشيخ عبد المجيد سليم مفتى الديار المصرية في ١٩٣٠/١٢/٢٢ المحاماة الشرعية س / ٣ ع / ٤ رقم ٩٧ ص ٣٨٢ .

عن الانفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة يقدر الحاكم النفقة حسب حال الطرفين اعتباراً من يوم الطلب ٠٠٠ ، ونص في المادة ٩٥ على انه : « تسقط نفقة المدة المارة قبل التقدير والتعجيل » . ونصت المادة ٩٦ على انه : « اذا عجز الزوج عن الانفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة فالحاكم يقدر النفقة اعتباراً من يوم الطلب على أن تكون ديناً بذمة الزوج ويأذن الزوجة بان تستدين باسم الزوج » : كما ذكرت المادة ٩٧ بصدد تقدير النفقة لمن اختفى عنها زوجها أو تغيب ان الحاكم يقدر النفقة اعتباراً من يوم الطلب وانه يأذن الزوجة لدى الحاجة بالاستدانة باسم الزوج . وفي المادة ٩٩ ايضا ان الحاكم يقدر نفقة الزوجة على زوجها من المال الذي لزوجها بيد الغير أو بذمته أو من ثمنه وذلك اعتباراً من يوم الطلب . ونصت المادة ١٠٠ على انه : « لا يسقط المقدار المتراكم من النفقة المقدرة قضاء أو رضاً بالطلاق أو بوفاة احد الزوجين ولا يسقط الغير مستدان بامر الحاكم بالنشوز » .

والذي يؤخذ من هذه النصوص :

(١) ان نفقة الزوجة على زوجها لا تصير لازمة الاداء قبل تراخي الزوجين على شيء معين أو قبل قضاء القاضي ، وان القاضي يقدر النفقة التي تطلبها الزوجة عند امتناع زوجها عن الانفاق عليها من يوم الطلب لا قبل ذلك وان نفقة المدة الماضية قبل التقدير والتعجيل تسقط فليس للزوجة ان تطلب نفقة سابقة على رفع الدعوى ، ومؤدى هذا ان نفقة الزوجة على زوجها لا تصير ديناً في ذمته الا بعد تقديرها بالرضاء أو القضاء ويلاحظ انه يدخل في المدة المدة التي بين الطلب وبين صدور الحكم بالنفقة ايضا ففيها تلزم النفقة الزوج . وكل هذا في مجموعه تطبيق لمذهب الحنفية .

(٢) وان المقدار المتجمد من النفقة المقبرة بالقضاء أو الرضاء لا يسقط بالطلاق ولا بوفاة احد الزوجين كما لا يسقط المقدار الغير مستدان بامر الحاكم بالنشوز . وهذا من الشارح اللبناني اتجاه نحو مذهب الاثمة الثلاثة في عدم

سقوط النفقة المفروضة بالرضاء أو القضاء إلا بالبراء أو الإبراء وبعد عن مذهب الحنفية الذي فيه تسقط النفقة المقدرة رضاء أو قضاء فضلا عن سقوطها بالإبراء أو الإبراء - بالطلاق أو بموت أحد الزوجين أو بالنشوز الطارىء . ومسلك الشارع اللبناني صريح في هذا المقام بالنسبة لعدم سقوط غير المستدان بأمر الحاكم بالنشوز .

ومسلك الشارع اللبناني في اتباع مذهب الحنفية في سقوط نفقة المدة المارة قبل التقدير كان يفضل مسلك الشارع في جمهورية مصر العربية لأن بقاء متجمد النفقة على كاهل الزوج مدة ثلاث سنوات سابقة على رفع الدعوى كان فيه ارهاق للزوج والسقوط لا يضر الزوجات لأن بوسعهن التعجيل برفع الدعوى حتى لا تسقط النفقة وإن كان الأمثل جعل مدة أقل كأن نكون سنة سابقة على رفع الدعوى لا تسقط فيها النفقة حتى توجد فرصة قد تعود فيها المياه لمجاريها وهذا هو ما تم فعلا وقد مر ذكره .

وقد جاء فيما نحن بصدده في نفقة العدة نص المادة ١٥٣ وهو : « إذا انقضت مدة العدة بدون تقدير نفقة لها (يعنى للمعتدة) قضاء أو رضاء تسقط النفقة » . وهذا من الشارع اللبناني متفق مع ما نص عليه في المادة ٩٥ المار ذكرها واتباع لمذهب الحنفية من ان نفقة العدة كنفقة الزوجية لا تصير دينا في الذمة الا من تاريخ التقدير بالتراضي أو التقاضي .

وقد نصت المادة ١٥٤ ايضا على انه : « لا يسقط المقدار المتراكم من النفقة المقدرة بوفاة احد الزوجين » وهذا هو مسلك القانون اللبناني في نفقة الزوجية وقد مر الكلام فيه .

الباب الثاني

انهاء الزواج

٢٥٣ - قد تكون الفرقة بين الزوجين طلاقا يحتسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته بمقتضى عقد الزواج ، وقد تكون فسخا يؤدي الى انفصال كل من الزوجين عن صاحبه دون ان يحتسب هذا طلاقا يخص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج اذا فرض وعادت بينهما حياة زوجيه جديدة .

والفسخ فضلا عن ذلك يعتبر في حقيقته عارضا يمنع بقاء النكاح أو يتدارك به امر اقترن بانشاء العقد فجعله غير لازم . ومن الفسخ الذي يمنع بقاء النكاح التفريق بردة أحد الزوجين . ومن الفسخ الذي يعتبر تداركا لامر اقترن بانشاء العقد الفسخ بخيار الادراك (ويدخل في خيار الادراك خيار البلوغ وخيار الافاقة) .

والطلاق في حقيقته يختلف عن الفسخ فيما تقدم فهو يوجب اتهاء الزواج ويقرر الحقوق السابقة ولا يكون الا في النكاح الصحيح اذ هو من آثاره التي قال بها الشارع .

٢٥٤ - والفسخ ينقسم الى قسمين :

١ - فسخ ينقض العقد من اساسه ، وهو الذي يرجع سببه لامر يتصل بانشاء العقد وهذا هو الفسخ بخيار الادراك ، ومنه ايضا الفسخ لعدم الكفاءة على الراى الذى يقول بصحة العقد هنا وكونه غير لازم ، وكذا الفسخ لنقصان المهر عن مهر المثل على رأى أبى حنيفة . ومن الواضح في كل هذه الامثلة ان الفسخ يرجع سببه لامر يتصل بانشاء عقد الزواج .

٢ - فسخ لا يترتب عليه نقض عقد الزواج من اساسه ، وهذا الفسخ سببه يكون عارضا بعد العقد ومن شأنه ان يمنع بقاءه فيكون التفريق بين الزوجين متعينا ومن هذا القسم الفسخ لباء الزوجة عن الدخول في الاسلام أو اعتناق اى دين كتابى اذا اسلم زوجها ، ومنه ايضا الفسخ بردة الزوجة ، والفسخ بسبب وجود حرمة مصاهرة طرأت بعد ان نشأ عقد الزواج .

ويختلف نوعا الفسخ في الحكم :

(أ) فالفسخ الذى يكون نقضا للعقد من اساسه لا يوجب شيئا من المهر ما لم يتأكد بمؤكد من المؤكدات التى تكلمنا عنها في حال الكلام عن المهر كحق من حقوق الزوجة على زوجها . وسبب ذلك ان المهر من احكام العقد والفسخ هنا نقض للعقد من الاساس .

أما الفسخ الذى لا ينقض العقد من اصله فهو ان كان من جانب المرأة قبل ان يؤكد المهر فانه يسقط كله ، وان كان من جانب الرجل فعليه نصف المهر فقط .

(ب) وان الفسخ الذى هو نقض للعقد من اصله لا يجعل المرأة محلا لوقوع الطلاق عليها حال العدة من هذه الفرقة فاذا طلقها حال العدة فلا يحتسب هذا الطلاق من عدد الطلقات اذا عادت الزوجية من جديد .

ولكن الفسخ الذى لا يعد نقضا للعقد من اصله تكون المرأة في العدة من فرقتها محلا لوقوع الطلاق عليها .

هذا ويلاحظ ان الفسخ الذى ينقض العقد من اصله يحتاج في اغلب الاحوال لقضاء القاضي كما في الفسخ بعدم الكفاءة والفسخ بخيار الادراك . اما الفسخ بسبب حدوث ما يوجب التحريم فهو غير محتاج لقضاء القاضي .

والفسخ الذى ليس نقضا للعقد من اصله ينقسم بدوره الى قسمين :

١ - فسخ يمتنع معه الزواج على التأبيد وهذا هو الذى يكون سببه حدوث التحريم بين الرجل والمرأة على التأبيد . ومثال ذلك ان يكون منه لاصلها أو فرعها أو يكون منها لاصله أو فرعه ما يوجب حرمة المصاهرة .

٢ - وفسخ يمنع من الزواج منعاً مؤقتاً وهو ما كان سببه تحريماً مؤقتاً بين الزوجين ، فمن حصلت بينها وبين زوجها فرقة بسبب ردها عن الاسلام تحل له من جديد اذا عادت الى الاسلام .

الفصل الأول

الطلاق

المبحث الأول

تعريفه ووصفه وطلاق السنة

٢٥٥ - تعريفه :

الطلاق في الاصطلاح الفقهي هو رفع قيد الزواج الصحيح حالا أو مآلا :
يلفظ يدل على ذلك صراحة أو كناية أو بما يقوم مقام اللفظ من كتابة أو
إشارة .

ويراد برفع قيد النكاح رفع أحكامه وعدم استمراره لان عقد الزواج
نفسه ما دام انه قد وقع فلا يمكن رفعه ، فالمقصود بالرفع هنا هو رفع أحكامه
لا رفعه هو .

وقيد التعريف في رفع الاحكام بكون الزواج صحيحا لان رفع قيد الزواج
غير الصحيح لا يسمى طلاقا بل يسمى فسخا للعقد الذي وقع فاسدا .

ورفع القيد كما ورد في التعريف اما ان يكون في الحال واما ان يكون
في المآل .

وهو يكون في الحال وذلك في الطلاق البائن اذ يرفع قيد النكاح بصدوره
ولا تحل المطلقة لمطلقها حتى ولو كانت في العدة من هذا الطلاق الا بعقد
ومهر جديدين .

ويكون في المآل وذلك بالطلاق الرجعي اذ لا يرفع قيد النكاح بصدوره
بل رفعه لا يكون الا بعد انتهاء العدة منه ، وحال قيام العدة يبقى قيد النكاح

- ٢٦٦ -

ويكون للمطلق ان يراجع زوجته رضيت ام لم ترض وذلك بلا عقد ومهر جديدين . وبعد انقضاء العدة يرتفع القيد كما قلنا فلا يكون للمطلق ان يعيدها لعصمته الا بعقد ومهر جديدين .

٢٥٦ - هل الأصل في الطلاق الحظر أو الإباحة :

مع ان الفقهاء على اتفاق بان الطلاق مباح للرجل وانه لا يكون الا اذا وجدت حاجة اليه فانهم اختلفوا في الاصل في الطلاق أهو الحظر أو الإباحة .

ونقول انه لا ينبغي ان يفهم من كون الطلاق عندنا مشروعاً ان الحبل فيه متروك على الغارب أو انه خلو من القيود والاسباب بل انه وان كان حلالاً الا ان هذا الحلال مبعوض عند الله لما فيه من قطع الوشائج وفك عقدة الاسرة وتشيت الولد وفي حديث رواه ابو داود ان النبي ﷺ قال: «ما احل الله شيئاً أبغض اليه من الطلاق» وفي حديث آخر «لا تطلقوا النساء الا من ربية فان الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات» .

وقد اخذ فريق من الفقهاء من ذلك ان الاصل في الطلاق المنع حتى تقوم الحاجة اليه وقالوا ان الزواج عقد ابدى لازم فالقياس ان لا ينهيه احد العاقلين بارادته المنفردة لكنه اجيز للحاجة فقط فاذا قامت حاجة اليه فيها والا فالقياس هو منع الطلاق ، ولم يكن الصحابة رضي الله عنهم يطلقون الا لحاجة .

٢٥٧ - طلاق السنة وطلاق البدعة :

بعد ان يستنفذ الزوج كل وسائل الاصلاح ويتعين الطلاق علاجاً فان الشارع قد رسم للزوج الطريق اليه وهو اذا سلك هذا الطريق فانه سوف لا يطلق الا اذا كان الطلاق متعيناً وكانت الحياة الزوجية جحيماً لا يطاق .

ومما رسمه الشارع أن الزوج عليه ان يلزم في الطلاق طلاق السنة .

وطلاق السنة هو الذى يكون من الزوج لزوجته في طهر لم يمسسها فيه لان هذا هو الوقت الذى تشتد فيه رغبة الزوج لزوجته غالباً فطلاقها فيه

دليل النفرة المستحكمة وهو اذا طلقها فعليه ان ينتظر حتى تنقضي عدتها الا ان يراجعها . والطلقة الواحدة الرجعية في الطهر الذي لم يمسه فيها هو طلاق السنة عند المالكية والحنابلة . وأبو حنيفة سمي هذا طلاق السنة الاحسن لانه يقول بطلاق السنة الحسن وهو ان يطلقها في استقبال كل طهر تطليقة واحدة رجعية حتى تنتهي الطلقات ثلاثا في بحر العدة . والشافعي اعتبر في طلاق السنة الوقت فطلاق السنة عنده هو الذي يكون في طهر لم يمسه فيها بصرف النظر عن العدد فتعتبر الحاجة منوطة عنده بالطلاق ما دامت ثبتت الحاجة للطلاق بحصوله في طهر لم يمسه فيها .

واذا طلق الرجل امرأته طلاق بدعة فانه يقع لدى الائمة الاربعة وأن كان المطلق يائمه لتركه السنة لكن هناك جمهور من المحققين ومنهم ابن تيمية وابن القيم وكذلك الشيعة الامامية ، وابن حزم الظاهري ، يقولون ان الطلاق هنا باطل لا يقع (١) .

(١) المحلى لابن حزم جزء / ١٠ ص ١٦١ وما بعدها وعنده انه كيف يستجيزون الحكم بالبدعة مع اعترافهم بانها بدعة اليس معيز البدعة مخالفا لاجماع القائلين بانها بدعة - ابن رشد جزء / ٢ ص ٦٤ وما بعدها - المدونة جزء / ٥ ص ١٠١ وما بعدها .

المبحث الثاني

من يملك الطلاق ومن يقع عليها الطلاق

من يملك الطلاق :

٢٥٨ - الزوج هو الذى يملك الطلاق في الحدود التى سنّها الشارع الاسلامى . والمرأة لها في احوال ان تطلب التطليق من القاضي وستعرض لبعض هذه الحالات بالبيان .

ويشترط في الرجل حتى يقع طلاقه البلوغ والعقل .

وعلى ذلك فطلاق الصبى وان كان مميزا لا يقع ومثله طلاق المجنون والمعتوه .

وهذا هو ما يشترط فيمن يملك الطلاق لكى يقع طلاقه طبقا لمذهب الامام ابي حنيفة ، وعلى ذلك فيقع طلاق المكره ويقع طلاق من سكر من محرم ويقع طلاق الهازل .

وقال مالك والشافعى وأحمد ان طلاق المكره لا يقع لحديث : « رفع عن امتي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه » ولعدم وجود الرضا وهو اساس كل تصرف . وفي السكران لم يفرق الأئمة الثلاثة بين كون سبب السكر محظورا أو غير محظور كما في المذهب الحنفى بل عندهم لا يقع طلاق السكران ولو كان سكره بمعصية وقد اختار هذا رأى من فقهاء الحنفية أبو جعفر الطحاوى وابو الحسن الكرخى . وسند هؤلاء ان السكران لا قصد له ولا يتصور الطلاق من غير قصد والسكران لا يعى ما يقول . فتكون عبارته ملغاة .

٢٥٩ - ما عليه العمل :

في جمهورية مصر العربية نصت المادة الاولى من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ على أنه : « لا يقع طلاق المكره والسكران » ، وقد أخذ الشارع هذا

- ٢٦٩ -

الحكم استنادا على قول الأئمة الثلاثة وكثير من الصحابة والتابعين • وهو
لم يفرق في حكم طلاق السكران بين أن يكون سبب السكر محظورا أو غير
محظور •

وطلاق الهازل يقع لحديث : « ثلاث جدهن جد وهزلن جد : النكاح
والطلاق والعنق » •

والعمل جار أيضا على أن طلاق المخطيء يقع • والمخطيء هو الذي اراد
التكلم بغير الطلاق فجري لسانه بالطلاق •

وكذلك الشأن في النسيان فقد يعلق الطلاق على شيء وينسي ويفعل
هذا الشيء فان الطلاق يقع قضاء بمعنى أن الامر لو لم يصل الى القضاء فان
الزوج يصح أن يعيش مع أهله اذ العبرة بالنيات ولا نية له •

والسفيه يقع طلاقه اذ موضوع الحجر هو التصرفات المالية وليس الطلاق
داخلا في هذه التصرفات •

وليس لغير الزوج من ولي أو وصي أن يوقع الطلاق اذ كل احكام عقد
الزواج ترجع للزوجين لا الى من تولى العقد ولو كان هذا وليا على
النفس •

واذا تضررت زوجة المجنون من العشرة معه فان لها أن تطلب التطليق
اذ الزوج لا عبارة له فلا يمكنه ان يطلق باحسان فالقاضي يتولى عنه
التفريق باحسان دفعا لهذا الضرر •

ولكن الزوج يملك ان يركل غيره في ايقاع الطلاق لان الزوج اذا ملك
الطلاق فانه يستطيع ان ينيب فيه •

٢٦٠ - وقد حكم بأن النساء لا يملكن حق ايقاع الطلاق على أنفسهن
الا بالشرط • وان العوام ومن في حكمهم لا يفرقون بين ألفاظ الشرط ويقصدون
عند ذكر (متى وكيفما) ما يقصد منه عند ذكر (كلما) • وان الطلاق.

المكمل للثلاث أفضل السبل أمام الزوجة التي ملكت عصمتها بعد صدور القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١

ومما جاء في الحكم أن المنصوص عليه شرعاً أن النساء لا يملكن الطلاق إلا بالشرط فلو تزوجها على أن أمرها بيدها صح العقد والشرط وقد استحسنته في هذا الزمان بعض المتأخرين (ابن عابدين ج ٢ ص ٤٩٧) (١) .

٢٦١ - وفي لبنان : تقول المادة ١٠٢ من قانون حقوق العائلة : « الزوج المكلف أهل للطلاق » . وتقول المادة ١٠٤ منه : « طلاق السكران غير معتبر » وتقول المادة ١٠٥ : « الطلاق الواقع بالاكراه غير معتبر » .

من يقع ومن لا يقع عليها الطلاق :

٢٦٢ - محل الطلاق المرأة إذا كان النكاح قائماً ، ويستوى في ذلك أن يكون النكاح قائماً حقيقة أو حكماً ، وهو يكون قائماً حكماً في هذا المقام إذا كان الطلاق رجعياً أو إذا كان الطلاق بائناً بشرط ألا يكون مكناً للثلاث لأنه إذا كان مكناً للثلاث فإن الحل يكون قد زال فلا تكون هناك فائدة للطلاق لأن المطلق بالطلقة المكملة للثلاث قد استنفد كل ما يملك شرعاً . ومثل العدة من طلاق يوقعه الزوج رجعياً أو بائناً على ما مر العدة من كل فرقة بحكم الشارع إذا اعتبرت طلاقاً ينقص من عدد الطلقات . ومن ذلك الفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام إذا أسلمت زوجته فهو معتبر طلاقاً على الراجح في مذهب أبي حنيفة . ويأخذ هذا الحكم أيضاً أن تكون معتدة من فرقة معتبرة فسخاً لم ينقص العقد من أصله ولم يزل الحل ، ومن ذلك الفرقة الحاصلة برودة الزوجة . لأن الفسخ هنا لا أثر له في الأحكام السابقة عليه فهو من هذه الناحية

(١) محكمة طنطا الابتدائية الشرعية في ١٢/٦/١٩٣١ المحاماة الشرعية س/ع ٣/٤ ص ٣٧٠ رقم ٩٦ .

كالطلاق فتأخذ العدة الحاصلة هنا حكم العدة من الطلاق من حيث كون الزوجة خلالها تعتبر محلا لوقوع الطلاق عليها (١) .

٢٦٣ - ولا يقع الطلاق على المرأة حال العدة من فرقة معتبرة فسخا ينقض العقد من أصله ومن ذلك الفرقة لخيار البلوغ وعدم الكفاءة ونقصان المهر عن مهر المثل ، والسبب أن العقد في مثل هذه الحالات قد نقض من أصله فلم يعد له وجود حال العدة ، والطلاق من آثار عقد الزواج فلا بد من أن يوجد العقد حال الطلاق ولو اعتبارا لكي يتصور حصول الطلاق .

ولا يقع الطلاق أيضا في العدة من فسخ قد زال معه الحل كتقبييل الزوجة ابن الزوج . والسبب أن الحرمة هنا مؤبدة فلامعنى للطلاق لأن أثر اعتباره هو أن يعتبر من عدد الطلقات التي يملكها الزوج إذا استؤنفت الحياة الزوجية من جديد ، واستئناف الحياة الزوجية هنا غير ممكن لكون الحرمة مؤبدة .

ولا يقع الطلاق أيضا على الزوجة بعقد زواج فاسد لأن الطلاق من آثار عقد الزواج الصحيح .

وكذلك المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى لأن الحل قد انتهى .

والمطلقة لغير عدة وهي من طلقت قبل الدخول لأن العلاقة الزوجية هنا انتطعت بصدور لفظ الطلاق وليست هناك عدة حتى يمكن اعتبار الزوجية

(١) ذكر ابن عابدين أن المرأة تكون محلا للطلاق إذا حصل في العدة عن فسخ بتفريق لآباء أحد الزوجين عن الإسلام أو بارتداد أحدهما . ويلاحظ أن الفرقة بسبب ارتداد الزوجة عن الإسلام تعتبر فسخا للزواج باتفاق فقهاء المذهب الحنفي . أما الفرقة بسبب ردة الزوج عن الإسلام فليست معتبرة فسخا باتفاق بل هي فسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف وطلاق عند محمد . أما بالنسبة للتفريق لآباء أحد الزوجين الإسلام فإن فقهاء الحنفية متفقون على أن الفرقة بسبب إباء الزوجة الدخول في الإسلام بعد إسلام زوجها أن كانت غير كتابية تعتبر فسخا لعقد الزواج . أما الفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام بعد اعتناق زوجته الدين الإسلامي فالراجح في المذهب الحنفي على ما ذكرنا في الصلب هو اعتبارها طلاقا لا فسخا حتى لو أسلم بعد ذلك وتزوجها من جديد احتسبت هذه الفرقة من عدد الطلقات التي يملك الزوج على زوجته (راجع حاشية ابن عابدين جزء ٢ / ص ٤٢٨) .

قائمة حكما • والمطلقة قبل الدخول وبعد الخلوة ليست محلا للطلاق ايضا
لأنها وإن كانت تعدد فالعدة هنا للاحتياط للانساب •

ومثل المطلقة لغير عدة من طلقت لعدة وانتهت عدتها لأنه بانقضاء
العدة لم يعد النكاح باقيا لتكون المرأة محلا للطلاق •

وكذلك المرأة الاجنبية فلو قال رجل لامرأة اجنبية عنه : انت طالق
فإن هذا الكلام لغو • لكنه إن علق الطلاق على الزواج فقال لها : انت طالق إن
تزوجتك فقد قال الحنفية إن الطلاق يقع فور زواجه بها ولم يوافقهم الشافعي
وأحمد إذ قالوا إن الطلاق لا يقع لبطلان التعليق فكان لغوا لأنها كانت وقت
التعليق اجنبية عنه •

المبحث الثالث

ما يقع به الطلاق وصيغته

المطلب الأول

ما يقع به الطلاق

٢٦٤ - الطلاق ضربان : صريح وكناية .

والطلاق الصريح ما يكون بلفظ الطلاق أو ما اشتق منه كانت طالق ومطلقة وطلقتك لان هذه الالفاظ يراد بها الطلاق وتستعمل فيه لا في غيره . فكانت من الطلاق الصريح . ويلحق باللفظ الصريح ما هو صريح في فصم عروة الزوجية من غير احتياج في بيان هذا المعنى لقرينة . ومن ذلك أن يقول لها أنت حرام ، أو أنت على حرام .

ويلحق باللفظ الصريح الكتابة المستبينة الموجهة الى الزوجة بعنوانها والمشتملة على عبارة موجهة اليها مضييفا فيها الطلاق اليها .

ومن الصريح أيضا اشارة الاخرس اذا دلت على الطلاق ولم تحتل غيره . في عرفه المعلوم لدى المتصلين به . فهذه الاشارة بهذا التحديد تكون عند الاخرس بمنزلة اللفظ الصريح عند غيره . اما اذا كان قادرا على الكتابة فطلاقه يكون بالكتابة لا بالاشارة المفهمة حسب الرأي الراجح لان الكتابة أكثر دلالة على المقصود .

ويجب لكي يقع الطلاق الصريح ان يكون مضافا الى الزوجة كقوله لها : أنت طالق .

(م ١٨ - الأحوال الشخصية)

وان يكون المطلق فاهما معنى الصيغة ، فلو قال اعجمي لزوجته : انت طالق غير فاهم معنى هذه العبارة لا يقع الطلاق .

والطلاق بالكناية يكون بكل لفظ غير مختص بالطلاق فلم يوضع له في الاصل بل يحتمله ويحتمل غيره فلا بد لكى يجعل للطلاق من مرجح كالقرينة التى تصرف اللفظ للطلاق .

والمذهب الحنفى لا تطلق الزوجة بمقتضاء بالكناية ، الا بدلالة الحال على معنى الطلاق فدلالة الحال قرينة على ان المراد باللفظ هو الطلاق فيكون دالا عليه ، فان لم تكن هناك دلالة حال على الطلاق واحتمل اللفظ الطلاق وغيره فان الطلاق يقع ان وجدت النية .

وعند الشافعى ومالك لا اعتبار بدلالة الحال بل لابد من النية لان المطلق مختار في جميع احواله ولا يبعد ان يضم خلاف الظاهر .

لكن الحنفية استندوا على ان الحال اقوى دلالة من النية لانها ظاهرة والنية امر باطنى فكانت الحالة الظاهرة مغنية عن النية ومعيينة للمقصود .

ومن الفاظ الكناية في الطلاق قول الزوج لزوجته : انت حرة أو اذهبي لاهلك .

والطلاق عند الشيعة لا يقع الابصيفة خاصة وهى (انت) أو (هذه) أو (فلانة طالق) فلو قال انت مطلقة لا يقع الطلاق ابدا (١) .

وقد كان العمل في مصر بالنسبة للطلاق بالكناية على مذهب ابى حنيفة حتى صدر القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ اذ نص في المادة الرابعة منه على ان : « كنايات الطلاق وهو ما يحتمل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق الا بالنية » ، فالقانون قد طبق مذهب الشافعى ومالك اذ اشترط نية الطلاق حتى يقع الطلاق بالكناية .

(١) الزواج لانور الخطيب ص ٤٨ ، ٥٢ .

وإذا حصل خلاف بين الزوجين في هذا السبيل بأن صدر لفظ من الفاظ الكناية من الزوج فادعت الزوجة أنها طلقت منه بهذا اللفظ وادعى هو أنه لم ينو الطلاق فإنه يصدق بيمينه ، فإن حلف خسرت هي الدعوى وإن نكل عن الحلف صدقت هي في الدعوى وحكم على مقتضي ذلك .

وقد نصت المادة ١٠٩ من قانون حقوق العائلة على أن الطلاق يقع بالالفاظ الصريحة وبالفاظ الكناية المتعارف عليها بحكم الصريحة أما الغير متعارف عليها فوقع الطلاق بها متوقف على نية الزوج وإذا اختلف الطرفان في كون الزوج نوى الطلاق أم لا فيصدق الزوج بيمينه . وظاهر من هذا النص أنه بالنسبة للطلاق بالكناية اتبع مذهب الشافعي ومالك إذ جعل الطلاق متوقفا على نية الزوج .

المطلب الثاني

صيغة الطلاق

٢٦٥ - قد تكون صيغة الطلاق منجزة وقد تكون معلقة وقد تكون مضافة للمستقبل . والاولى هي التي تفيد وقوع الطلاق مع ترتيب آثاره حالا ، والثانية هي التي تفيد وقوع الطلاق عند وجود امر يوجد في المستقبل ويشترط لذلك كون الامر الذي علق عليه الطلاق مما يوجد في المستقبل والا يكون مستحيل الوجود فإن كان الامر المعلق عليه الطلاق موجودا فعلا لم يكن الطلاق معلقا بل هو منجز كمن يقول لامرأته إن ولدت بنتا فانت طالق وتكون قد ولدت بنتا فعلا وقت النطق بالصيغة ، وإن كان الامر الذي علق عليه الطلاق مستحيلا فإنه يكون نفيا مؤكدا للطلاق ولا يكون تعليقا كمن يقول لزوجته : إن دخل الجمل في سم الخياط فانت طالق . ولا يقع الطلاق المعلق على مشيئة المولى سبحانه وتعالى لأنها مغيبة عنا فلا يعلم وجودها .

والاضافة الى الزمن المستقبل تفيد الصيغة فيها انشاء الطلاق حالا مع تأخير الاحكام الى الزمن المستقبل كأن يقول لها انت طالق بعد شهر ،

أو أنت طالق غدا ويشترط هنا أن يكون الزوج اهلا لان يوقع الطلاق في الحال وتكون هي صالحة لان يقع عليها الطلاق في الزمن الذي اضيف اليه . ولا يشترط كون الزوج اهلا للطلاق في ذلك الوقت . ويلاحظ ايضا انه في الطلاق المعلق يجب ان يكون الزوج اهلا للطلاق وقت انشاء الصيغة لان الصيغة هي التي دلت على الطلاق فيجب ان يكون وقتها اهلا له والا كانت عديمة المعنى (١) .

٢٦٦ - وقد كان العمل في جمهورية مصر العربية على مذهب ابي حنيفة في الطلاق المعلق وهو يسوغ كل تعليق وهذا هو مذهب باقى الائمة الاربعة لكن الشارع عدل عن ذلك في القانون رقم ١٩٢٩/٢٥ فقد نصت المادة الثانية منه على انه : « لا يقع الطلاق غير المنجز اذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير » . وقد جاء في المذكرة الايضاحية عن هذا النص ان التعليق ان كان غرض المتكلم به التخويف أو الحمل على فعل الشيء أو تركه وهو يكره حصول الطلاق ولا وطر له فيه كان في معنى اليمين بالطلاق . وان كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط لانه لا يريد المقام مع زوجته عند حصوله لم يكن في معنى اليمين .

(١) التعليق عند الحنفية قسمان : تعليق على فعل من الافعال غير الزواج . والثاني التعليق على الزوج نفسه . ويشترط في الاول : (١) كون الزوج اهلا لوقوع الطلاق وقت انشاء الصيغة ويملكه ولا يشترط ان يكون اهلا له وقت وقوع الفعل (٢) وان يكون التعليق ووقوع الفعل في حل واحد عند ابي حنيفة والصاحبين . فلو علق طلاق امرأته ثم طلقها ثلاثا أو مكملًا للثلاث. وانتهت عدتها وتزوجها آخر ودخل بها ثم طلقها وبعد انتهاء عدتها تزوجها الأول ثم وقع الامر المعلق عليه لا يقع الطلاق لان الطلاق المعلق طلقة واحدة أو أكثر من طلقات الحل الاول الثلاث وقد زال كله فلا يمكن ان يتحقق طلاق بوجود هذا الامر الذي كان معلقا . ولا يشترط بقاء الزواج الذي حصل فيه التعليق ، فلو علق طلاقها ثم طلقها واحدة وانتهت عدتها ثم تزوجها بعد ذلك ووقع الشيء المعلق عليه فان الطلاق يقع .

وعند زفر لا يشترط بقاء الزواج ولا يشترط بقاء الحل فلو علق طلاقها =

- وقالت المذكرة انه اخذ في الغاء الطلاق المعلق الذي في معنى اليمين برأى
 الامام على وشريح وعطاء والحكم بن عتبة وداود واصحابه وابن حزم .
 وتطبيق هذه المادة يرجع فيه لقصد المتكلم وتفسير هذا القصد مرجعه
 اليه ما لم توجد قرينة حال شاهدة . فان لم توجد هذه القرينة وحصل
 الاختلاف في قصده فتدعى مثلا قصد الطلاق بالتعليق وينكر هو قصد الطلاق
 ويقول انه قصد فقط حملها مثلا على فعل شيء معين فالقول قوله بيمينه .
 ولدى الشيعة تعليق الطلاق و اضافته للزمان المستقبل فاسد (١) .

= على امر ثم طلقها ثلاثا وبعد زواجها بغيره وطلاقها منه وانتهاء عدتها تزوجها
 ووقع الشيء المعلق عليه يقع الطلاق لان الرجل علق وما قيد بحل معين وإذا
 كان قد تعذر الطلاق بالفرقة قبل وجود المعلق عليه فإذا جاء الحل عاد والتعليق
 ما زال باقيا . (٣) ويشترط كذلك كون المرأة عند وجود الصيغة والامر المعلق
 عليه صالحة لا يقاع الطلاق عليها بان تكون زوجة أو في عدة يقع الطلاق عليها
 فيها . اما التعليق على الزواج فهو صحيح ولا يشترط ان تكون المرأة
 وقت الصيغة صالحة لا يقاع الطلاق عليها . والتعليق على الزواج صحيح عند
 المالكية ايضا خلافا للشافعية والحنابلة فعندهم لا يجوز تعليق الطلاق على
 الزواج .

والتعليق في كل صورته كاليمين عند الحنفية ولا رجوع فيه فليس للزوج
 ان يرجع عن قوله بل يجب ان يمضي فيه أو يحث (محمد ابو زهرة ص ٢٩٥
 وما بعدها) .

(١) الزواج لانور الخطيب صفحة ٥٢ . وقد استند في قوله على المادة
 ١٢٨ من الفصول الشرعية .

المبحث الرابع

عدد الطلقات

٢٦٧ - الزوج يملك ثلاث طلقات ودليل ذلك قوله تعالى : « **الطلاق** مرتان فامسأك بمعروف أو تسريح بإحسان • ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا ان يثافا الا يقيما حدود الله فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، ومن يتعد حدود الله فاولئك هم الظالمون • **فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره** » ، فالطلقات المذكورة ثلاث :

الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث :

٢٦٨ - تدل الآية الكريمة آنفة الذكر بعبارتها ان الطلقات الثلاث لا تقع دفعة واحدة بل تقع على دفعات ، ومعنى هذا ان الطلاق المقترن بالعدد لفظا أو اشارة لا يقع الا واحدة لكونه دفعة واحدة • ومع ذلك فقد اختلفت مذاهب الفقه في هذه المسألة وفي حصول الطلاق بالتكرار في نفس المجلس كان يقول لزوجه المدخول بها في مجلس واحد • انت طالق ، انت طالق ، انت طالق :

فريق يقول انه لو طلق طلقين يقع طلقين وان طلق ثلاثا دفعة واحدة يقع ثلاثا ، وفريق على ان الطلاق هنا لا يقع الا واحدة ، وفريق على أنه لا يقع طلاق بالمرة •

أما الذين اوقعوا ثلاثا أو اثنتين اذا طلق هكذا باللفظ أو الاشارة أو التكرار في نفس المجلس دفعة واحدة فمنهم الائمة الاربعة فقد استندوا على فتاوى منسوبة لبعض الصحابة بان من طلق امرأته ثلاثا هكذا وقع الطلاق ثلاثا ، ومن هؤلاء الصحابة على وعثمان بن عفان وعمر بن الخطاب وما كان لمثل هؤلاء ان يفتروا بذلك الا ان يكونوا سمعوه من الرسول ﷺ واذا كانت قد وردت احاديث بخلاف هذا الرأي فلا بد من كونها نسخت في عهد النبي ﷺ •

— ٢٧٩ —

واما الذين اوقعوه طلقه واحدة فان هذا مروى عن على بن ابي طالب
وابى موسى الاشعري وهو مذهب بعض الظاهرية وهو محكى عن بعض التابعين
وعن جماعة من مشايخ قرطبة وافتنى به ايضا ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ،
ومما احتجوا به :

١ - ان السنة ان يطلق طلقه واحدة في طهر لم يمسسها فيه
ولا في الحيض الذى قبله فان تجاوز السنة وطلق ننتين أو ثلاثا في لفظ واحد
أو بالاشارة أو بالتكرار في نفس المجلس يكون متجاوزا السنة فيصير ما زاد
عن الطلق الواحدة لغوا ولا يقع الا طلقه واحدة .

٢ - وان صريح قوله تعالى : « الطلاق مرتان » الآية ٠٠٠٠ مفيد ان الطلاق
لا يكون الا على دفعات فلا تقع أكثر من طلقه دفعة واحدة .

٣ - وفضلا عن ذلك فقد روى مسلم عن ابن عباس رضي الله عنه ان
الطلاق الثلاث كان على عهد الرسول ﷺ وخلافة ابي بكر وسنتين من
خلافة عمر لا يقع الا واحدة وان عمر رضي الله عنه قال : ان الناس قد استعجلوا
امرا كانت لهم فيه اناة ، فلو امضيناه عليهم ، فامضاه . وعلى ذلك فالرسول
اولى بالاتباع من عمر .

واما الذين لم يوقعوا شيئا من الطلاق فهم بعض الشيعة الامامية . وحجتهم
ان الذى يطلق أكثر من واحدة في لفظ واحد أو بالاشارة أو بالتكرار في نفس
المجلس مخالف للسنة في الطلاق فيكون طلاقه طلاق بدعة فهو مردود لا ينظر
اليه .

٢٦٩ - وقد كان العمل في جمهورية مصر العربية على مذهب ابي حنيفة
الذى هو مذهب الائمة الاربعة من وقوع الطلاق الاكثر من واحدة دفعة اذا كان
بلفظ واحد أو بالاشارة أو بالتكرار في نفس المجلس، لكن الشارع عدل عن ذلك
فيما يتعلق بالطلاق المقترن بالعدد لفظا أو اشارة فذهب الى انه لا يقع الا واحدة
فقد نصت المادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم ١٩٢٩/٢٥ على ان « الطلاق
المقترن بعدد لفظا أو اشارة لا يقع الا واحدة » . وعلى هذا فلو قال لزوجته :

- ٢٨٠ -

انت طالق ثنتين أو ثلاثا ، أو قال لها : انت طالق ويشير باصابعه ثلاثا أو ثنتين
لا يقع شيء من ذلك الا واحدة .

اما الطلاق المتكرر في نفس المجلس كأن يقول لزوجته المدخول بها انت
طالق ، أنت طالق ، أو يقول : انت طالق انت طالق انت طالق في مجلس واحد،
فأني أرى ان الحكم فيه في جمهورية مصر العربية باق على مذهب أبى حنيفة
فيقع ثنتين أو ثلاثا حسبما نطق بالصيغة في المجلس الواحد لان المادة الثالثة
المذكورة ذكرت حكم الطلاق المقترن بالعدد **لفظا** أو **إشارة** ، وليس تكرار
الطلاق في مجلس واحد من هذا القبيل .

٢٧٠ - وقد حكم بان الطلاق المتعدد لفظا أو إشارة يقع واحدا وكذا
المكرر في مجلس واحد (١) .

(١) محكمة المنيا الشرعية في ١٥/٦/١٩٣٥ المحاماة الشرعية س/٦/ع/٤ ،
٥ ، ٦ ص ٤٩٢ رقم ١٣٢ . ولم يستأنف فصار نهائيا .

المبحث الخامس

الطلاق الرجعى والطلاق البائن

٢٧١ - ينقسم الطلاق الى رجعى وبائن ، والطلاق البائن بدوره ينقسم الى بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى .

والطلاق الرجعى هو الذى يرفع قيد الزواج الصحيح في المسأل لا في الحال فيكون للزوج بعده وحال العدة منه ان يراجع زوجته بدون رضاها وبلا حاجة لعقد ومهر جديدين . والطلاق البائن هو الذى يرفع قيد الزواج في الحال ، فلا يملك المطلق فيه حال العدة أن يراجع زوجته الا برضاها وبعقد ومهر جديدين وهذا في البائن بينونة صغرى . اما اذا كان بائنا بينونة كبرى فان المطلقة تحرم على مطلقها حرمة مؤقتة فلا يكون له ان يتزوجها من جديد الا ان تتزوج زوجا آخر ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم تحصل الفرقة لاي سبب من الاسباب وتنقضي عدتها من الزوج الجديد فهنا يكون للزوج الاول ان يتزوجها من جديد .

٢٧٢ - متى يكون الطلاق رجعيا ومتى يكون بائنا :

الطلاق يكون بائنا باتفاق :

١ - اذا كان قبل الدخول لان الطلاق هنا لغير عدة فلا يمكن للمطلق مراجعة من طلقها واهم ما ميز الطلاق الرجعى امكان المطلق مراجعة زوجته في العدة بدون رضاها وبلا حاجة لعقد ومهر جديدين ، وما دام ان هذا ينتفى هنا لعدم العدة فلا يكون هناك طلاق رجعى .

٢٧٣ - وقد حكم بأن الطلاق بعد الخلوة وقبل الدخول بائن لارجعى (١) وحكم بان حجية الأوراق الرسمية فيما دون بها ليست ثابتة لها اطلاقا ولكنها

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية المحاماة الشرعية في ٣٦/٤/٢٥ س / ٩ ع / ٢ ص ١٣١ رقم ٢٠

في خصوص ما يثبتته الموظف المختص بإصدارها بناء على ما شاهده أو سمعه ممن نسب إليه المحرر . أما غير ذلك مما يستقل باملأته طرفا العقد فلا تتناول تلك الحجية ويتوجه الطعن عليه بكافة الطرق .

وبأن من فروع هذه القاعدة أن المطلق اذا وصف طلاقه بأنه بعد الدخول أو أنه رجعى أو غير مسبوق بطلاق لا يكون ذلك حجة على المطلقة فليها ان تنازع في ذلك وان تقول انه قبل الدخول وانه بائن أو ثالث الطلقات وتمكن من اثبات ما تدعيه (١) .

٢ - واذا كان الطلاق على مال ، لانها تفتدى نفسها بهذا المال الذى تبذل فلو قيل يكون الطلاق الذى على مال رجعيا لم تعد هناك فائدة من هذا الافتداء لانه يتمكن من مراجعتها دون رضاها وهذا هادم لما قصدت اليه ببذل المال .

٢٧٤ - وقد حكم بأنه اذا لم تثبت البراءة المدعى حصولها مقابل الطلاق كان الطلاق رجعيا (٢) .

٣ - واذا كان الطلاق مكملًا للثلاث لان الطلاق هنا مزيل للحل فلا تحل له بعده حتى تنكح زوجا غيره ويباشرها ويطلقها وتنتهى عدتها وما دام ان العقد عليها ممتنع عليه فاولى الا يكون له مراجعتها .

٢٧٥ - ومذهب الحنفية يوافق الامامين مالك والشافعى في كون الطلاق بائنا في الحالات المذكورة ويزيد ان طلاق الزوج لزوجته يكون بائنا كذلك في الحالات الآتية :

(١) محكمة اسنا الشرعية في ١٢/١/١٩٣٨ المحاماة الشرعية س / ٩ ع ٢ / ص ١٥٠ رقم ٢٧ .

(٢) محكمة الزقازيق الابتدائية الشرعية في ٢٤/٤/١٩٣٢ المحاماة الشرعية س / ٤ رقم ٦٦ ص ٢٠٨ .

(أ) الطلاق الموصوف بما يفيد البينونة • ومن ذلك ان يقول الرجل لامرأته : انت طالق طلقة بائنة او انت طالق طلقة شديدة ، او انت طالق طلقة لا رجعة فيها •

(ب) والطلاق المشبه بما يدل على العظم كانت طالق طلقة مثل الجبل •

(ج) والطلاق الموصوف بافعل تفضيل يدل على الشدة مثل ان يقول لزوجته : انت طالق اشد الطلاق •

(د) اذا كان الطلاق بالفاظ الكناية فهي تدل على الانفصال في الحال وهذا لا يكون الا بالبائن ومن ذلك ان يقول لها : انت بائنة او انت بنتة ما دام قد اقترنت الفاظ الكناية بنية الطلاق أو دلالة الحال أو كانت هناك قرينة •

وهذا الذي يقول به الحنفية هو رأى في مذهب مالك اما الشافعي وأحمد وكذلك على قول في مذهب مالك فان الطلاق لا يقع بائنا الا في الاحوال المذكورة قبل ذلك لان وصف الطلاق عندهم من عمل الشارع فما وصفه بالبينونة فهو كذلك وغيره رجعى لقوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن ان كن يؤمن بالله واليوم الآخر وبعولتهن أحق بردهن في ذلك » ، فهذه الآية صريحة في أن الزوج احق برد زوجته في كل طلاق الا اذا لم تكن عدة أو كان الطلاق على مال أو كان مكملًا للثلاث كما نص على ذلك في القرآن الكريم • أما الحنفية فعندهم ان الطلاق وان كان في الأصل رجعيًا الا أن للمطلق أن يخلع عليه وصف البينونة والزوج له ان يطلق زوجته ثلاثا دفعة واحدة فأولى ان يملك وصفه بالبينونة •

وقد كان العمل في جمهورية مصر العربية قبل القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ على مذهب ابن حنيفة ولكن هذا القانون نص في المادة الخامسة على ان : « كل طلاق يقع رجعيًا الا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول

والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا في هذا القانون والقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ « . والمقصود بما نص على كونه بائنا في القانونين المذكورين هو : الطلاق للغيب والطلاق لسجن الزوج والطلاق للتضرر بسبب الغيبة والطلاق للضرر بسبب الاذى بالقول أو الفعل بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما . ويلاحظ ايضا ان المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ ذكرت ان التفريق بالطلاق بسبب اللعان أو العنة أو اباء الزوج الاسلام عند اسلام زوجته يبقى الحكم فيه على مذهب أبي حنيفة بعد ما قالت ان المادة الخامسة المذكورة مأخوذة من مذهب الشافعي ومالك . ومما هو جدير بالذكر ان الطلاق في الحالات التي ابقت المذكرة الحكم فيها على مذهب ابي حنيفة هو طلاق بائن في هذا المذهب .

والخلاصة انه طبقا للمعمول به الآن في جمهورية مصر العربية يكون الطلاق بائنا في الحالات الآتية : الطلاق المكمل للثلاث . والطلاق قبل الدخول - والطلاق على مال - والطلاق للغيب - والطلاق للسجن - والطلاق للتضرر بسبب الغيبة - والطلاق للضرر وكذلك الطلاق بسبب اللعان أو العيوب التناسلية، (وهي العنة والحب والخصاء) أو اباء الزوج عن الاسلام (١) .

٢٧٦ - وقد حكم ان المسيحية اذا أسلمت وهي متزوجة بمسيحي وطلبت التطليق بناء على ذلك أجاب القاضي طلبها ما دام الزوج قد أبى الاسلام بعد عرضه عليه . ومما جاء في الحكم : ان المنصوص عليه شرعا في كتب المذهب (الحنفي) المعمول عليها اذا أسلمت زوجة الكافر عرض القاضي عليه الاسلام فان أسلم فهي زوجته وان أبي فرق بينهما ويكون ذلك طلاقا بائنا (٢) .

(١) الطلاق بعد الخلوة الصحيحة ولو انه طلاق الي عدة فالظاهر انه يكون بائنا لانه طلاق قبل الدخول والعدة للاحتياط . وهو عند الشافعي ومالك بائن لانه قبل الدخول .

(٢) بنى مزار الشرعية في ١٥/١/١٩٣١ المحاماة الشرعية س / ٢ ع / ١٠ رقم ١٣٢ ص ٩٥٧ . ولم يستأنف الحكم .

وبأنه اذا أسلمت زوجة الذمي عرض عليه الاسلام فان أسلم فهي امرأته وان أبى فرق القاضي بينهما بطلاق تبين به الزوجة . ومما في الحكم أن ذلك هو المنصوص عليه شرعا وقد أخذ به أبو حنيفة ومحمد(١) .

ومما استند عليه الحكم قول ابن الهمام في الفتح ان رجلا من تغلب أسلمت امرأته وهي نصرانية فرفعت الى عمر بن الخطاب فقال له : أسلم والا فرقت بينكما . فأبى ففرق بينهما وظهر حكمه بينهما ولم ينقل خلاف أحد له .

وبأنه اذا أسلمت زوجة المسيحي وأبى هو الاسلام بعد عرضه عليه من القاضي فرق بينهما بطلقة بائة .

ومما جاء في الحكم قوله : اسلمت وبعرض الاسلام عليه وإعلانه بذلك لم يحضر ولم يبد عذرا شرعيا مقبولا وعدت المحكمة هذا إباء عن الاسلام كما لو عرض عليه الاسلام فسكت .

وقد نقل الحكم عن البدائع ج/٢ ص ٣٣٦ ، ٣٣٧ ما نصه أ

(وأما ما يرفع النكاح ومنها إباء الزوج الاسلام بعد ما أسلمت زوجته في دار الاسلام . ومنها إباء الزوجة الاسلام بعد ما أسلم زوجها المشرك أو المجوسي في دار الاسلام . وجملة الكلام فيه أن الزوجين الكافرين ، اذا أسلم أحدهما في دار الاسلام ، فان كانا كتابيين فأسلم الزوج فالنكاح بحاله لأن الكتابية محل لنكاح المسلم ابتداء فكذا بقاء . وان أسلمت المرأة فلا تقع الفرقة بنفس الاسلام عندنا ولكن يعرض الاسلام على زوجها فان أسلم بقيا على النكاح وان أبى الاسلام فرق القاضي بينهما لأنه لا يجوز أن

(١) محكمة ديروط الشرعية في ٢٣/٨/١٩٣٢ المحاماة الشرعية س/٥ ع / ١ ، ٢ رقم ٥٨ ص ١٥٥ . ولم يستأنف الحكم . ومما استند عليه الحكم : فتح القدير ج/٢ ص ٥٠٦ - البحر ج/٣ باب نكاح الكافر ص ٢١١ - تنقيح الحامدية ج/١ ص ٦٥ باب العدة .

تكون المسلمة تحت نكاح الكافر ولهذا لم يجوز نكاح الكافر المسلمة ابتداء فكذا في البقاء عليه . وان كانا مشركين أو مجوسيين فأسلم أحدهما أيهما كان يعرض الاسلام على الآخر ولا تقع الفرقة بنفس الاسلام عندنا . فان أسلم فهما على النكاح وان أبى الاسلام فرق القاضي بينهما لأن المشركة لا تصلح لنكاح المسلم غير ان الأباء ان كان من المرأة يكون فرقة بغير طلاق لأن الفرقة جاءت من قبلها وهو الإباء من الاسلام والفرقة من قبل المرأة لا تصلح طلاقاً لأنها لا تنلى الطلاق فيجعل فسخاً . وان كان الإباء من الزوج يكون فرقة بطلاق في قول أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف يكون فرقة بغير طلاق (ويقول الشيخ عبد الغنى الميداني عن هذا الخلاف : والصحيح قولهما) .

ويقول العلامة ابن عابدين ج / ٢ من حاشية رد المحتار ص ٣٩٩ عند قول الشارح والمصنف : (والتفريق بينهما طلاق ينقص العدد لو أبى لا لو أبت) قال : (قوله أسلم ثم تزوجها يملك عليها طلقتين فقط عندهما . وقال أبو يوسف انه فسخ . ثم هذا الطلاق بائن قبل الدخول أو بعده . قال في النهاية : حتى لو أسلم الزوج لا يملك الرجعة . قال في البحر : وأشار بالطلاق الى وجوب العدة عليها ان كان دخل بها) . الخ (١) .

وحكم بأن قائل كلمة الكفر جهلاً وهو مهتاج الشعور ثائر النفس لا يعي ما يقول لا يحكم بارتداده اذ محل الايمان القلب ولا يفتى بتكفير مسلم أمكن حمل مانسب اليه على حمل آخر حسن أو كان في كفره اختلاف ولو في رواية ضعيفة (٢) .

(١) محكمة مفاغة الشرعية في ١٩٣٢/٦/٥ المحاماة الشرعية س / ٦، ع / ١، ٢، ص ١٤٨ رقم ٤٠ . صار الحكم نهائياً .
(٢) محكمة أشمون الشرعية في ١٩٣٣/١٠/٢٨ المحاماة الشرعية س / ٥، ع / ٣، ٤ رقم ١١٢ ص ٣٧٦ . وقد صار الحكم نهائياً .

حكم الطلاق الرجعى :

٢٧٧ - أهم احكام الطلاق الرجعى هى :

١ - هذا الطلاق لا يزيل الملك ولا يزيل الحل • فكل يملك بالنسبة لصاحبه حقوق الزوجية • والزوج يحل له ان يراجع من طلقها رجعا ، وهذا خلال العدة • اما بعدها فالملك يزول لكن يبقى الحل فله ان يتزوجها متى شاء بعقد ومهر جديدين •

٢ - وهو وان كان لا يزيل الملك ولا الحل لكنه ينقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج فان كان يملك ثلاثا نقصت واحدة وان كان يملك طلقتين صارت واحدة فقط •

٣ - والزوج له ان يراجع مطلقته رجعا حال العدة بدون رضاها وبلا حاجة لعقد ومهر جديدين •

٤ - يجرى بينهما التوارث اذا مات احدهما عن الآخر حال العدة •

٥ - اذا كان مؤخر الصداق مؤجلا لا قرب الاجلين : الطلاق أو الموت فلا يحل اجله بالطلاق الرجعى لانه لا يقطع حبل الزوجية ، فاذا انتهت العدة دون ان يراجعها حل هذا المؤخر •

والذى يبين مما تقدم ان الطلاق الرجعى بعد انتهاء العدة يكون بائنا وسيأتى بيان حكمه •

٢٧٨ - الرجعة : الرجعة تكون بالقول أو بالفعل عند الحنفية • فلو

قال لها : راجعتك • أو دخل بها أو كان منه ما يعتبر من مقدمات الدخول عد هذا رجعة • اما الشافعى فعنده ان الرجعة لا تكون الا بالقول •

واصل الخلاف ان الرجعة عند الاولين تعتبر استدامة للنكاح الذى لم يزله الطلاق الرجعى لقوله تعالى : « ولعولتهن أحق بردهن » ، فقد سمي المطلق بعلا

والبعل هو الزوج • وكذا قوله تعالى : « فامسكوهن بمعروف » ، والامسك هو الابقاء • والرجعة عند الشافعي تعتبر اعادة للنكاح الذي ازاله الطلاق وهو يستند في ذلك أيضا على آية : « وبعولتهن أحق بردهن » ، فقد سميت فيها الرجعة ردا فيكون معناها اعادة شيء ذهب • ولذلك منع الشافعية الرد بالفعل لان المطلقة رجعيًا على مذهبهم قبل ان يراجعها بالقول لا تحل له ولا يمكن ان تكون رجعة بأمر محرم •

وهل يجب الاشهاد على الرجعة القولية ؟

عند ابي حنيفة ومالك وفي قول لاحمد بن حنبل وفي مذهب الشافعي الجديد يستحب الاشهاد على الرجعة القولية وعلى ذلك فلاشهاد عندهم ليس بشرط في الرجعة • وعند الشافعي في مذهبه القديم وفي قول لاحمد بن حنبل وعند الشيعة الاشهاد شرط في الرجعة كما هو شرط في الزواج لان الرجعة اعادة للزواج فهي في حكم الانشاء له •

والمعمول به في هذه المسألة في جمهورية مصر العربية هو المذهب الحنفي •

والرجعة ثابتة للزوج في الطلاق الرجعي باثبات الشارع وعلى ذلك لا يملك اسقاطها بعد ان تثبت بتمام صيغة الطلاق •

وهي لا تصح الا منجزة لأنها استندامة للملك وكل تصرف يفيد الامتلاك لا يقع الا كذلك • وبناء عليه لا تثبت الرجعة بصيغة معلقة على امر مستقبل • وهي ايضا لا تثبت بصيغة مضافة الى المستقبل •

وليس اعلام المرأة بالرجعة شرطًا لصحتها وان كان الاولى الاعلام حتى لا يحصل خلاف فيها •

واذا انتهت العدة لا يستطيع المطلق مراجعة من طلقها رجعيًا لأنها تكون حينئذ قد بانت منه وزال الملك • وهو يستطيع فقط ان يعقد عليها من جديد اذا كان الحل باقيا بان لم تكمل الثلاث طلقات التي يملكها الرجل •

٢٧٩ - وقد حكم بأن المطلق رجعيًا إذا أقر في مدة لا تحتمل انقضاء العدة بأنه راجع مطلقته صدق ويقوم إقراره مقام إنشاء الرجعة ويعتبر به مراجعاً (١) .

وبأن ادعاء الرجعة بعد انقضاء العدة قول غير مقبول شرعاً لأن الزوج لا رجعة له على زوجته بعد انقضاء عدتها إلا بعقد ومهر جديدين (٢) .

وبأن المطلقة للاعسار إذا راجعها المطلق لها أن ترفع الدعوى عليه ببطالان الرجعة لأن شرط الرجعة ثبوت الميسرة من قبل الرجعة (٣) .

وحكم بأن المطلق يعامل (في حق نفسه وحق الشرع) بإقراره بالطلاق وانقضاء العدة في زمن يحتمل ذلك فليس له معه حق مراجعة مطلقته (٤) .

وقد نقل الحكم عن شرح الدر ج / ٢ ص ٦٣٢ وفيه عن المحيط : كذبت في مدة تحتمله لم تسقط نفقتها وله نكاح اختها عملاً بخبريها بنفسه الامكان .

وقال رد المختار تعليقا على هذا (فالحاصل أنه يعمل بخبريها بنفسه الامكان ، بخبره فيما هو حقه وحق الشرع وبخبرها في حقها وجوب النفقة والسكنى والمسالة مفروضة في الاختلاف مع زوجها الذي طلقها . (١) م) .

(١) محكمة الصف الشرعية في ١٩٣٢/٣/٧ المحاماة الشرعية س/٤ رقم ٧٥ ص ٢٢٥ . وقد تأيد في الاستئناف .

(٢) محكمة دمياط الشرعية في ١٩٢٩/١٢/٩ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ٥ رقم ١٢٨ ص ٤٣٣ .

(٣) محكمة شبراخيت الشرعية في ١٩٢٩/٧/٢٥ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ٢ رقم ١٧٧ ص ٦٢٦ .

(٤) محكمة ملوى الشرعية في ١٩٣٤/٣/٧ المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ٩ ، ١٠ ص ٩٧٧ رقم ٢٧٣ .

وقد استؤنف الحكم وتأيد .

(م ١٩ الأحوال الشخصية)

وقال الحكم عقب ذلك : أى اختلافهما في انقضاء العدة على ما يؤخذ من السياق ولاشك أن المدة في وقت اقراره المذكور (يعنى في القضية) تحتسل انقضاء العدة وقد كذبت في انقضائها فيعامل باقراره في حق نفسه وبمقتضى اقراره أنه لا يملك عليها الرجعة التى عى من حقه قياسا على جواز تزوجه باختها ولا يقال ان المدعية كذبت في هذا الاقرار ورفضت دعواه ابطال نفقة العدة فيكون مكذبا شرعا في اقراره لان تكذيبها له لا يمنع من معاملته باقراره في حق نفسه ولأن الغرض من رفع الدعوى المذكورة ينصب على أنه غير محق في اسقاط حقها في نفقة العدة ٠٠٠٠٠٠ يتبين مما تقدم أن المدعية بائنة من المدعى عليه فلا يملك عليها الطاعة .

وحكم بان المطلقة رجعيًا اذا ادعت ارثها لملقها المتوفى لأنه راجعها . مستدلة باعترافه بانها زوجته مع انه دفع دعواها بعده بانقضاء عدتها ثم اصطلح الطرفان على تقرير نفقة عدة للمدعية من تاريخ سابق على ذلك الاعتراض فلا يكون هذا كافيا لتأييد دعوى المدعية فلا تكون دعوى الارث مسموعة (١) .

٢٨٠ - حكم الطلاق البائن :

وقد يكون الطلاق بائنا بينونة صغرى وقد يكون بائنا بينونة كبرى وهذا الاخير هو الطلاق المكمل للثلاث ، ومن الاول الطلاق على مال والطلاق قبل الدخول ما دام انه ليس مكملًا للثلاث .

ومما يستقل به البائن بينونة صغرى انه لا يزيل الحل فالمطلق له ان يعقد على مطلقة بائنا بينونة صغرى سواء كان هذا في العدة أو بعدها وهو أيضا يحتسب من عدد الطلقات التى يملكها الرجل فاذا كان الاول فانه ينقص واحدة من الثلاث واذا كان الثانى فانه لا يبقى له بعده الا واحدة .

(١) مصر الابتدائية الشرعية ١٢/٩/١٩٣١ المحاماة الشرعية س / ٣ ع/٦ رقم ١٣٨ ص ٥١٩ . وقد تأيد في الاستئناف من المحكمة العليا الشرعية .

ويستقل البائن بينونة كبرى بانه مزيل للحل فضلا عن الملك فلا يكون للمطلق هنا ان يعقد على مطلقته بعد الطلاق المكمل للثلاث الا ان تتزوج زوجها غيره ويدخل بها دخولا حقيقيا وتحصل فرقة من هذا الزواج الجديد وتنتهي العدة . فيجب كون الزواج الثاني صحيحا وان يحصل فيه دخول حقيقى وان تنتهى العدة منه ، فان كان ذلك فان مطلقها الاول يمكنه ان يتزوجها من جديد .

ومما يشترك فيه البائن بينونة صغرى ، وكبرى من الاحكام :

١ - انه يحل بكل منهما مؤخر الصداق اذا كان مؤجلا لا قرب الاجلين .
الطلاق أو الوفاة لان به قد تم الانفصال .

٢ - وانه لا يجرى التوارث فيهما بين الطرفين ولو كانت وفاة أحدهما عن الآخر حصلت في العدة الا ان يكون الزوج فارا من الميراث وحصلت الوفاة في العدة على ما سنبنين .

المبحث السادس

طلاق المريض مرض الموت

٢٨١ - مرض الموت هو ذلك المرض الذي يخشي فيه الموت ويحدث منه الموت غالبا ويتصل الموت به . ولا بد لكى يعتبر المرض مرض موت من ان يعجز المريض عن القيام بمصالحه .

ويلحق بالمريض مرض الموت في الحكم كل من يكون في حالة يخشي معها الهلاك ويتوقعه ويموت بما توقع فيه الموت . ومثله من يحكم عليه بالاعدام ويعدم فعلا ومن يكون في سفينة تقاذفتها الامواج وتوقع لذلك الغرق وحدث ان غرق فعلا .

وطلاق المريض مرض الموت ان كان رجعا فحكمه حكم طلاق الصحيح رجعا ومن ذلك انه لو مات احدهما عن صاحبه في العدة ورثه الآخر .

واذا كان الطلاق بائنا وطلقها زوجها في مرض الموت ومات من هذا المرض وهى في العدة واعتبر بهذا الطلاق فارا من الميراث فانها مع كون الطلاق بائنا ترثه عند الحنفية .

ويعتبر الزوج فارا من الميراث اذا كان الطلاق بائنا وكان الزوج في الطلاق طائعا وبغير رضاها وكانت هى مستحقة للميراث من وقت الطلاق حتى وقت الوفاة من مرض الموت الذى طلقها خلاله .

وعلى ذلك فاذا كان مكرها ، والمعروف ان طلاق المكره يقع عند الحنفية ، فانه لا يعتبر فارا من الميراث . واذا كان الطلاق بطلبها او كان على مال فلا يعتبر فارا . وكذلك ان لم تكن مستحقة للميراث وقت الطلاق ولو صارت مستحقة له وقت الوفاة . ومثال ذلك ان نكون وقت الطلاق غير مسلمة ثم اسلمت بعده ، فلا يعتبر الزوج فارا من الميراث ، ومثل ذلك ان

تكون واردة وقت الطلاق ثم لا تكون واردة حتى وقت الوفاة ومثال ذلك ان تكون وقت الطلاق مسلمة ثم ترتد ثم تعود الى الاسلام اذ بارتدادها اسقطت حقها في الميراث وازالت عقدة النكاح بسبب من جانبها فصارت كالمى رضىيت الفراق فلا تستحق ميراثا .

وقد قال الشافعى ان المطلقة في مرض الموت طلاقا باننا لا يرث ومنهيا في ذلك المطلقة طلاقا باننا في الصحة لان الزوجية ارنفعت بحصول الطلاق البائن قبل الموت وهي سبب التوارث بين الزوجين ولا عبرة بمطنة الفرار لان الاحكام لا تناط بالامور غير الظاهرة .

وقال الحنفية ان الزوجية قد ازيلت بقصد ابطال حق الزوجية في الارث فيرد على المطلق قصده ما بقيت العدة لبقاء آثار الزوجية .

٢٨٢ - واذا كانت الفرقة من جانب الزوجة في مرض الموت وكانت طائفة مختارة ولم يكن ما كان منها برضا الزوج ، فانها تعتبر فارة ويسحق زوجها الميراث ان ماتت وهي في العدة لانها قصدت حرمان زوجها من الميراث فيرد قصدها عليها .

ومثال ذلك ان ترتد الزوجة عن الاسلام أو تختار نفسها بخيار البلوغ أو الافاقة .

٢٨٣ - وقد حكم بأن المطلقة اذا ادعت للارث حصول الطلاق في مرض الموت وادعت الزوجة حصوله في الصحة ولم تثبت فالحصول المدعى المرض يمينها (١) .

وبأنه اذا ادعت المطلقة باننا بعد وفاة مطلقها حصول الطلاق في مرض الموت وادعى الورثة حصوله في الصحة صدقت المطلقة يمينها لانها متمسكة

(١) المحكمة العليا الشرعية في ٢٠/١٠/١٩٢٧ المحاماة الشرعية س / ٧
ع / ٩ ، ١٠ ص ٧٥٧ رقم ١٨٨

بالأصل اذ المرض أقرب الى الموت من الصحة والأصل اضافة الحادث لأقرب أوقاته كما أن البيّنات شرعت لاثبات خلاف الظاهر ولا يصدق الورثة الا بالبيّنة فان أقاموها حكم لهم برفض دعوى المطلقة الميراث (١) .

وبأنه لا يعتبر الطلاق صادرا في مرض الموت وماعنا من الارث اذا ثبت ان المتوفى زاول عمله خارج البيت بعد وقوع الطلاق المدعى حصوله في مرض الموت فرارا من الارث لان المرض هنا لا يكون مرض موت (٢) .

(١) محكمة كرموز الشرعية في ١٩٣٤/٥/٢٩ المحاماة الشرعية س / ٧ ع / ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٤٨١ رقم ١٢٧ . وقد صار نهائيا بعدم الاستئناف .

(٢) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣١/٨/٢٧ المحاماة الشرعية س / ٧ ع / ١ ، ٢ ، ٣ ص ١٣٩ رقم ٣٣ - لم يستأنف .

المبحث السابع

التفويض

٢٨٤ - للزوج ان يفوض غيره في طلاق امراته وهذا التفويض يكون بتعليق امر الطلاق على مشيئة من فوضه • كان يقول له طلق امرأتى ان شئت اذ تعليق الطلاق على مشيئة الاجنبى فيه تفويض له فيه ، فالامر في التفويض فيه تمليك الاجنبى لامر الطلاق ان شاء •

ويجدر هنا التفرقة بين التفويض والتوكيل والرسالة :

فالمفوض في الطلاق يعمل بارادة نفسه والعبارة له • في حين ان الوكيل يعمل بارادة الموكل مع ان العبارة للوكيل • اما الرسول فانه ينطق بلسان من ارسله وبارادته ايضا • وعلى ذلك فالوكيل اقل حالا من المفوض والرسول اقل حالا من الوكيل •

ونظرا لكون التفويض يختلف عن التوكيل في طبيعته فان بينهما خلافا. في الاحكام ، ومن ذلك :-

١ - الزوج ان وكل آخر في ان يطلق امراته يمكنه عزله في اى وقت شاء • اما اذا فوض آخر في ذلك فليس له ان يعزله بل يلزمه • والسبب ان التفويض تعليق الطلاق على مشيئة المفوض فهو طلاق معلق ومن علق الطلاق على امر فليس له ان يرجع ويلغى هذا التعليق • ومع ان الزوج هنا لا يستطيع عزل المفوض فان له ايضا ان يطلق امراته لان التفويض لا يسلبه هذا الحق وكل الذى حصل انه اشرك غيره فيما يملكه من تصرف وهو الطلاق •

٢ - والوكيل لا يتقيد بوقت اما التفويض فانه يتقيد بمجلسه الا اذا عمت صيغة التفويض كل الاوقات كان يقول لغيره : طلق امرأتى في اى وقت شئت •

٢٨٥ - وانتفويض قد يكون لشخص آخر وقد يكون للزوجة ، وانابة الزوجة في الطلاق لا تكون الا تفويضا لانه اذا انابها عنه في الطلاق ولو كان ذلك بصيغة التوكيل فقد جعل طلاقها تبعا لمشيئتها فيكون الامر تفويضا . وعلى ذلك فلو قال لها : طلقى نفسك ، أو امرك بيدك واراد بهذا القول الطلاق فان هذا يكون تفويضا .

٢٨٦ - والتفويض كما قلنا تعليق للطلاق من جانب الرجل فلا يملك الرجوع فيه وان فوض الرجل امراته في الطلاق تفويضا مطلقا تقيد بالمجلس ، فاذا كانت حاضرة تقيد بالمجلس ، والا يصدر عنها ما يدل على الرفض . واذا كانت غائبة فان المجلس هنا هو مجلس علميا ويبطل برفضها في المجلس أو اعراضها وانصرافها عن المجلس من غير رفض أو قبول .

واذا تقيد التفويض بزمان فانه يستمر حتى ينتهى هذا الزمن كشهري فان انقضى ولم تطلق نفسها بطل التفويض .

واذا كانت صيغة التفويض تعم كل الاوقات كقوله لها : طلقى نفسك متى شئت فيكون لها ان تطلق نفسها في اى وقت شاءت بلا تقيد بوقت معين ، واذا طلقت نفسها مرة بطل التفويض الا ان يكون شرط لها التكرار بان يكون قد قال لها مثلا : طلقى نفسك متى شئت وكلما شئت فلها تطبيق نفسها مرة ومرتين وثلاث مرات .

٢٨٧ - والفاظ تفويض الرجل لامراته كثيرة وقد ذكر الفقهاء ثلاثة هي : طلقى نفسك ، واختارى نفسك ، وامرك بيدك . والعبارة الاولى صريحة في الطلاق فلا تحتاج لنية والعبارتان الثانية والثالثة من كنايات الطلاق فيجب لكى يتم التفويض بهما ان توجد النية .

٢٨٨ - واذا طلقت المرأة نفسها بناء على التفويض فان الطلاق يكون رجعي الا اذا حصل قبل الدخول أو كان على مال أو كان مكملًا للثلاث .

٢٨٩ - والتفويض يصح قبل عقد الزواج وعند انشائه ويصح بعده وذلك عند الحنفية لان تعليق الطلاق قبل الزواج جائز اذا كان التعليق على الزواج أو على الزواج وشرط آخر معه وقد خالفوا بهذا أكثر الأئمة .

وعلى ذلك فلو قال لها : ان تزوجتك فامرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت فانه ان تزوجها ثبت التفويض غير مقيد بزمن معين ويكون لها ان تطلق نفسها متى شاءت .

وان كان التفويض عند انشاء الزواج فاذا كان بصيغة تتضمن تعليق التفويض على وجود الزواج ثم تم الزواج فانه يتم معه التفويض اذ يكون في الامر تعليقان : تعليق التفويض على الزواج ، وتعليق الطلاق على مشيئة المرأة ، وتعليق الطلاق على شرطين جائز عند الحنفية . فاذا قال عند انشاء الزواج : تزوجتك وان تم الزواج فامرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت فقالت : قبلت الزواج ، فان الزواج يتم ويكون لها حق تطلق نفسها متى شاءت .
واذا كان التفويض عند انشاء الزواج بصيغة لا تتضمن تعليقه على تمام الزواج فاذا كان المبتدئ بالايجاب هو الزوجة بان قالت مثلا : « زوجتك نفسي على ان يكون امرى بيدى اطلق نفسي متى شئت فاذا قبل يتم الزواج ويكون لها ان تطلق نفسها متى شاءت لان سبقها بالايجاب مع هذا الشرط ثم تعقبه بالقبول وهو يتضمن قبول الزواج ثم قبول الشرط معناه ان التفويض قد تم بعد انشاء الزواج وهذا جائز في اي وقت من غير تقييد بتعليق معين .

اما اذا سبق الزوج بالايجاب ، فقال لها مثلا : تزوجتك على ان يكون امرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت فان قبلت يتم الزواج ولا يكون هناك تفويض لان التفويض وقع قبل الزواج ولم يعلق عليه وقوع الزواج قبل ان يملك الطلاق . ومن المقرر ان من يملك شخصا شيئا لابد ان يملكه وهو لا يملكه قبل الزواج ولم يعلق التفويض على تمام الزواج فلا يثبت . ولكن الصيغة من حيث انشاء الزواج صحيحة فينشأ بها ويكون اشتراط التفويض لغوا .

٢٩٠ - وقد حكم بان ما يصدر من الزوجة من طلاقها بتفويض لها ضمن عقد الزواج يقع بائنا (١) .

(١) محكمة هميا الشرعية في ١٣/٩/١٩٣١ المحاماة الشرعية س/ع ٦/ رقم ١٥٧ ص ٥٤٩ .

ومما جاء في الحكم انه اذا فرض أن القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فيما يتعلق بوقوع الطلاق رجعيا أو بائنا خاص بالطلاق الذي يقع من الزوج دون مانتوقعه الزوجة يكون الطلاق الذي صدر من الزوجة لأول مرة بائنا بمقتضى التفويض الذي تضمنه عقد الزواج وطبقا للقواعد الفقهية في وقوع طلاقها بائنا يتحقق ملك العصمة المشروطة لها في العقد ومتى بانّت بالطلقة الأولى لم يملك الزوج مراجعتها ولا يكون له حق طلبها بالطاعة .

وحكم كذلك بأن للزوج تمليك زوجته عصمتها فتحتفظ بملكها في عقد الزواج ولها أن تطلق نفسها به حسب صيغه التمليك وما تفيده طلاقا واحدا أو مكملًا للثلاث (١) .

ومما جاء في اسباب الاستئناف : الطلاق في الأصل ملك الزوج وحده وقد أجيّز له أن يفوض أمر الطلاق الى الزوجة بمعنى أن يملكها ما يملك من الطلاق رجعيا أو بائنا ثلاثا أو دونها مقيدا بوقت أو دائما ولكل حالة من هذه الحالات ألفاظ تدل عليها ومنها صريح ومنها كناية (كتاب الطلاق من ابن عابدين ج / ٢ - المبسوط في باب الأمر باليد جزء / ٦) وفي القضية نص في العقد على أن تملك عصمتها ويكون أمرها بيدها كيفما شاءت فالفوض اليها هو الطلاق الذي يملكه الرجل في أى حالة من أحواله ولها إيقاعه في أى وقت بدلالة الحال ومراعاة للعرف لأن من زوجت نفسها بشرط ملك العصمة تريد أن يكون لها من الأمر في حل عقدة النكاح مثل مال الرجل حتى لا يستبد بها في استبقائها كرها وحتى تستطيع أن تقطع هذه العلاقة قطعا كاملا متى ارادت بحيث لا يستطيع هو أن يصلها .

وإذا قيل ان كيفما لاتدل على التكرار مثل كلما قلنا ان هذا في اللغة ونصوص الفقهاء لكنها في العرف الآن ومع قرينة اشتراك ملك العصمة في العقد تساوى كلما وتدل على التكرار لأن العبرة في هذا الباب للعرف ولغة المتعاقدين وان خالفت لغة العرب ولغة الشرع .

(٢) محكمة طنطا الجزئية الشرعية في ٢٥/١٠/١٩٣١ المحاماة الشرعية س / ٤ رقم ٨ ص ٦١ . وقد تأيد في الاستئناف .

الفصل الثاني

الخلع

المبحث الأول

تعريفه وتكييفه

٢٩١ - الخلع في اصطلاح الفقهاء هو ازالة ملك النكاح الصحيح بلفظ الخلع أو بما في معناه كالمبارأة في مقابل بدل مع قبول الزوجة .

ومن عذا التعريف يبدو انه يشترط في الخلع شرعا ان تكون الصيغة بلفظ الخلع أو ما اشتق منه كالاختلاع والمخالعة . كان يقول لزوجته : خالعتك على الف جنيه . أو تقول هي له : اختلعت منك على مبلغ ١٠٠٠ جنيه . أو ان يكون بلفظ يؤدي معنى لفظ الخلع كان يقول لها : بارأئك على مبلغ ١٠٠٠ جنيه كما يشترط أن يكون ازالة الملك الصحيح بلفظ الخلع أو بما في معناه في مقابل بدل وان تقبل الزوجة دفع هذا البديل الى الزوج مقابل الخلع .

فاذا قال لها : انت طالق نظير مبلغ ١٠٠٠ جنيه وقبلت ذلك كان هذا طلاقا على مال ولم يكن خلعاً . واذا لم يوجد بدل كان طلاقاً لا خلعاً واذا لم تقبل هي لا يتحقق الخلع .

والاصل في هذا النوع من الطلاق قوله تعالى : « ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا ان يخافا الا يقيما حدود الله » فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » .

٢٩٢ - تكييف الخلع

الخلع عقد ينعقد بايجاب وقبول . لكن هو من جانب الرجل يعتبر تعليقا للطلاق على قبول المال . ومن جانب المرأة يعتبر معاوضة لها شبه بالتبرعات

- ٣٠٠ -

وعلى ذلك فان الخلع يأخذ من جانب الرجل احكام التعليق ويأخذ من جانب المرأة احكام المعاوضة التي لها شبه بالتبرعات ومما يترتب على هذا النظر ما يأتي :

١ - اذا كان الزوج هو الموجب فليس له ان يرجع عن الايجاب قبل قبولها لان هذا هو حكم التعليق . فعلى سبيل المثال ، اذا قال لها : خلعتك على الف جنيه فسكتت ولم تقم من المجلس فليس له في هذه الفترة ان يرجع . واذا قام هو من المجلس لا يبطل الايجاب لأن أقصى ما يقال في قيامه هذا أنه رجوع ضمنى والايجاب لا يبطل بالرجوع الصريح فاولى الا يبطل بالرجوع الضمني . لكن اذا قامت هي من المجلس من غير رد أو قبول فان هذا يبطل الايجاب لان المعاوضات والعقود المسالية على وجه العموم تبطل اذا تفرق المجلس بعد الايجاب وقبل القبول .

واذا كان ايجابه وهي غائبة فانها تنقيد بمجلس علمها فان قامت منه قبل ان تقبل فان الايجاب يبطل .

واذا كان الايجاب من جهتها بان قالت له مثلا : لك الف جنيه اذا طلقتنى فلها أن ترجع عن هذا الايجاب قبل قبوله . واذا قامت من المجلس أو قام هو بطل الايجاب لان عقود التمليكات لا يتم الالتزام فيها الا بقبول الطرف الآخر .

٢ - وللزوج تعليق ايجابه على امر من الامور كأن يقول لها مثلا : خلعتك على الف ان قبل ابوك ، لان التعليق يجوز على امر آخر . ولكن لا يجوز لها ان تعلق ايجابها على امر ما لان عقود التمليكات لا تكون الا بصيغة منجزة والخلع تمليك مال بالنسبة لها فتسرى عليه احكام التمليكات .

٣ - ولما كان العقد بالنسبة للزوجة معاوضة في معنى التبرع فانه يشترط في الخلع بالنسبة لها ان تكون فضلا عن صلاحيتها لايقاع الطلاق عليها - أهلا للتبرع فيلزم لثبوت بدل الخلع عليها ان تكون بالغة عاقلة رشيدة .

المبحث الثاني

بدل الخلع

٢٩٣ - يكون للرجل كل ماتقدمه المرأة مهما كثر لتفتدى به نفسها ولكن يكره له ان يأخذ اى شىء منها ان كانت النفرة من جانبه هو أو كان هو السبب في النشوز وإذا كان النشوز من جانبها وهي عنه نافرة فانه بكمه ان يأخذ منها أزيد مما اعطى وذلك ديانة لا قضاء .

وانما كان له في القضاء ما تقدمه المرأة لا فتدا، نفسها اذا كانت النفرة من جانبه لوجود التراضي ولعدم معرفة الحقيقة ولان القضاء لا ينفذ الاحكام الا فيما يظهر ويترك ما بطن . وهذا ايضا يعنبر بعليلا لاخذ الزوج اكثر مما اعطى لو كانت النفرة من جانبها .

ومتى ثبت البدل فان الطلاق يكون بائنا لان مقصود الزوجة من بذل المال لا يتم على وجهه الصحيح اذا كان الطلاق رجعيا .

والجمهور على ما ذكر لكن قال الظاهرية ان الخلع لا يكون الا اذا كان النشوز من قبلها .

وقال بعض الحنابلة ان النشوز اذا كان من جانبه وقس الطلاق ولا يثبت البدل وهو رأى في مذهب مالك .

٢٩٤ - اما من حيث ما يصلح بدل خلع وما لا يصلح ، فكل ما يصلح ان يكون مهرا يصلح لكى يكون بدل خلع ، لكن ليس كل ما يصلح بدل خلع يصلح لكى يكون مهرا .

وعلى ذلك فيصح ان يكون بدل الخلع مالا معيناً أو مالا مثلياً موصوفاً عشرة دراهم أو أكثر أو اقل . ويصح ايضا ان يكون بدل الخلع منفعة تقابل

- ٣٠٢ -

بالمال اولا ومثال ذلك سكنى دارها زمنا معلوما ، أو قيامها بارضاع ولدها من غير اجرة أو تحضنه من غير اجرة • أو أن تنفق على ولدها الصغير مدة معينة •

ويصح ان يكون بدل الخلع مجهولا بشرط ان تكون الجهالة غير فاحشة ؛ فاذا كان بدل الخلع مالا مثليا لم يعرف وصفه وجب الوسيط واذا كان البدل كمية من القمح بين نوعه ولم تبين رتبته وجب الوسيط •

ويصح ان يكون بدل الخلع ان تبرئه من نفقة العدة ولو انها غير معلومة لانها تسقط حقها في المطالبة بها وهذا يكفي في ان يصح هذا بدل خلع •

ويلاحظ انه لا يصح بدل الخلع في حالتين :

١ - اذا كان المسمى مالا غير متقوم فاذا سمت النصرانية لزوجها خمرا على انه بدل خلع فان خالعهها على ذلك وقع الطلاق ولم يثبت البدل لان المسلم ليس له ان يطالب بالخمير اذ هو في حقه غير متقوم •

٢ - واذا شمل بدل الخلع اعتداء على حق الصغير فاذا كان بدل الخلع ان يبقى الولد تحت يدها الى ان يبلغ ولو تجاوز سن الحضانة فان كان ذكرا لا يصح هذا البدل وان كانت انثى يصح لان بقاءها في يد امها حتى تبلغ ليس فيه ضرر لها •

واذا بطل بدل الخلع فان الطلاق يقع ويكون بائنا على مذهب ابي حنيفة ورجعيا على المعمول به في مصر لان كل طلاق يقع رجعيا الا ما استثني وليس هذا مما استثنى •

المبحث الثالث

حكم الخلع

٢٩٥ - يثبت بالخلع :

(أ) اذا ثبت البدل وقع الطلاق بائنا • اما اذا كان هناك ما يوجب الغاء البدل فان الطلاق يقع اذا توافرت اسباب وقوعه لكنه يكون رجعيًا كما سبق ان قلنا •

(ب) يثبت البدل ان لم يكن هناك ما يوجب الغاء ويستوى في ثبوته ان يكون قليلا أو كثيرا ، ولكن يكره للزوج ان يأخذ من زوجته شيئا اذا كان النشوز من جانبه كما يكره له ان يأخذ أكثر مما اعطى اذا كان النشوز من جانبها •

وما تقدم يعم الخلع بلفظ الخلع أو المباراة والطلاق على مال •

٣ - ويختص الخلع بلفظ المخالفة أو المباراة بحكم ثالث عند ابي حنيفة هو سقوط كل حق مالى ثبت بالنكاح وعلى ذلك يسقط متجمد النفقة ومؤخر الصداق كما يسقط ما يكون قدمه من نفقة وطلقها قبل مضي مدتها •

وعند محمد لا يسقط الخلع الا ما نص عليه سواء اكان بلفظ المخالعة ام بلفظ المباراة • اما ابو يوسف فقد وافق محمدا في الخلع بلفظ المخالعة ووافق ابا حنيفة في الخلع بلفظ المباراة (١) •

(١) حجة ابي حنيفة ان اللفظين يدلان على الانفصال التام والانخلاع من كل حقوق مالية كانت ثابتة بذلك الزواج من قبل والابراء من كل ما كان لكل واحد من الطرفين عند الآخر ولا فرق هنا بين المخالعة والمباراة • وحجة محمد انه لا يسقط حق ثابت الا بما يدل على سقوطه قطعاً والخلع كيفما كان لفظه ليس صريحا في اسقاط حق ثابت •

وحجة ابي يوسف ان لفظ المباراة صريح في تبادل الابراء من الجانبين واما لفظ المخالعة فليس صريحا في الاسقاط ولا يصح ان يفرض على العاقد امر لم يقم دليل على ارادته •

٢٩٦ - وقد حكم بأن الزوجة تبين بادعاء الزوج طلاقها على البراءة

ولو لم يشبتها (١) .

وبأن الزوجة تبين من زوجها بمجرد ادعائه طلاقها على البراءة ولو لم

تثبت (١) .

وبأن الطلاق يعتبر باثنا متى ادعى الزوج حصوله على البراءة ولو لم

يقبها (٢) .

ومما جاء في هذا الحكم أن المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة

١٩٢٩ نصت على أن : (كل طلاق يقع رجعياً الا المكمل للثلاث والطلاق قبل

الدخول والطلاق على مال) ولم يقيد الطلاق على مال بأن يكون المال ثابتاً

قضاء . وان المدعى عليه اعترف بأن الطلاق على مال فيؤخذ باعترافه وهذا

موافق لمذهب أبي حنيفة . ومع ذلك فقد حكم بأن ادعاء الزوج حصول الطلاق

على البراءة ليس من قبيل الاقرار الذي لا يتجزأ والواقع به طلاق رجعي (٣) .

ومما جاء في هذا الحكم أن الطلاق على البراءة يصدر من جهتين : الزوج

والزوجة ، فهو مركب فيصح تجزئته (٤) .

(١) محكمة بلبيس الشرعية في ٣/٥/١٩٣٣ المحاماة الشرعية س / ٤

رقم ٢٥٦ ص ٨٠٣ . وقد تأيد في الاستئناف .

(٢) محكمة الصنف الشرعية في ١٥/٢/١٩٣٢ المحاماة الشرعية س / ٥

ع / ٩ ، ١٠ ص ٨٩٩ رقم ٢٤٣ . وقد تأيد في الاستئناف .

(٣) محكمة أبو قرقاص الشرعية في ١٤/٢/١٩٣٤ المحاماة الشرعية

س / ٦ ع / ١ ، ٢ ص ١٧٣ رقم ٥٢ . لم يستأنف فصار نهائياً .

(٤) محكمة الفشن الشرعية في ٧/٧/١٩٣١ المحاماة الشرعية س / ٥

ع / ٩ ، ١٠ ص ٨٩٢ رقم ٢٣٨ . لم يستأنف فصار نهائياً .

(٥) محكمة أخميم الشرعية في ١٣/٥/١٩٣٤ المحاماة الشرعية س / ٦

ع / ٦ ، ٨ ، ٧ ص ٧٨٢ رقم ٥٢٠ .

وحكم بأن الطلاق الواقع باقرار الزوج في دعوى الطلاق على البراءة ولو لم تثبت طلاق بائن (١) .

ومما جاء في هذا الحكم : المدعى اقر في دعواه بحصول طلاق على مال أى أنه اقر بحصول طلاق بائن مطابق لأحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وعدم تمكنه من اثبات البراءة ليس معناه القطع بعدم حصولها في الواقع حتى يعتبر كاذبا في اقراره ولا منافاة بين اعتبار الطلاق بائنا وبين المادة الخامسة من القانون المذكور لأن المدعى لم يوقع هذا الطلاق الآن وإنما يقر بحصول طلاق يعتبره القانون بائنا .

٢٩٧ - حكم خلع المحجور عليهن :

إذا كانت المحجور عليها فاقدة الأهلية بان كانت مجنونة مثلا ونولت هي الصيغة فان الطلاق لا يقع ولا يثبت المال لان عبارتها ملغاه .

وإذا كانت المحجور عليها قاصرة الأهلية أو كانت سفية وتولت هي الصيغة بان اوجب هو الخلع فقال مثلا : انت طالق على الف . فقبلت فان الطلاق يقع ولكن لا يلزم المال لانه علق الطلاق على قبول المال وقد وجد القبول بصيغة معتبرة شرعا ولكن الشارع لا يرتب على هذه الصيغة المعتبرة لزوم المال لان العوض في الخلع تبرع فيعد من الوجهة المالية ضررا محضا .

وإذا كان من تولى الخلع هو الولي فان التزم اداء البدل من ماله فان الطلاق يقع والمال يلزمه هو .

وأما اذا خالع الولي من ماله أو بمهرها فان المال لا يلزمها لان التبرع بماله ليس لاحد وبدل الخلع في معنى التبرع كما قلنا وهو كذلك لا يلزمه لانه لم يضمنه ولم يلتزمه . وأما من جهة الطلاق ففي المذهب الحنفى روايتان :

(١) محكمة بنى سويف الشرعية في ٢٧/٦/١٩٣٤ المحاماة الشرعية
س / ٦ / ع / ٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧٩٢ رقم ٢٢٥ .

- ٣٠٦ -

١ - الاولى انه يقع لانه علق الطلاق على قبوله لاعلى وجوب المال وقد وقع المعلق عليه فيقع الطلاق .

٢ - والثانية انه لا يقع لانه علق الطلاق على قبول المال ممن هو اهل للالتزامه فلما لم يلزم المال لا يقع .

والرواية الاولى هي الاصح من الثانية .

٢٩٨ - وقد حكم بأن مجرد بلوغ الزوجة رشيدة كاف في صحة براءتها للزوج من النفقة فلا يقبل الدفع بعدم بلوغها سن الرشد (١) .

(١) محكمة المنصورة الشرعية في ٢٩/٧/١٩٣٥ المحاماة الشرعية س ٨ ع ١ / ٣ ص ٢٠٥ رقم ٧١ . ومما جاء في الحكم قوله : ان البلوغ له علامات وهي في الذكر الانزال بأي سبب كان . وفي الأنثى الحيض أو الحمل أو الانزال . وبأي شيء منها يحكم بالبلوغ . والاحكم بالسن وهو أن يبلغ الشخص خمس عشرة سنة عند الشافعي وأبي يوسف ومحمد وهو رواية عن الامام وعليها الفتوى عند الحنفية ، وشاع عند الامام أن السن للغلام تمام ثمانى عشرة سنة وللجارية تمام سبع عشرة سنة .

الفصل الثالث

الطلاق بحكم القاضي

٢٩٩ - نتكلم فيما يلي على التفريق لعدم الانفاق والتفريق للعيب

والتفريق للشقاق الزوجي والتفريق للغياب والتفريق لحبس الزوج .

المبحث الأول

التفريق لعدم الانفاق

٣٠٠ - لا يجيز المذهب الحنفى التفريق لعدم الانفاق والائنة الثلاثة يجيزون للمرأة طلب التفريق لعدم الانفاق على اختلاف في بعض التفصيلات .
والذى اتفقوا فيه هو جواز التفريق لعدم الانفاق وإن الاعسار الذى يوجب التفريق هو العجز عن النفقة الضرورية في ادنى احوالها ، وإن العجز عن النفقة الماضية ليس موجبا للتفريق لكن الذى يوجب هو العجز عن النفقة الحاضرة والمستقبلية ، اذ النفقة الماضية تعتبر دينا ككل دين فاذا عجز عن الوفاء به ينظر لميسرة . والتفريق للاعسار سببه دفع الضرر عن الزوجة فى بدنها وهذا انما يتحقق بالنسبة لدفع الضرر الحاضر والمستقبل فقط .

٣٠١ - وفي جمهورية مصر العربية عدل عن مذهب ابى حنيفة واخذ القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ بالطلاق لعدم الانفاق .

وقد نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ على أنه : «إذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله فان لم يكن له مال ظاهر ولم يقل انه معسر او موسر ولكن اصر على عدم الانفاق طلق عليه القاضي في الحال . وإن ادعى العجز فان لم يشبته طلق عليه حالا . وإن اثبتته اميله مدة لا تزيد على شهر فان لم ينفق طلق عليه بعد ذلك » .

وتنص المادة الخامسة على أنه «إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله وإن لم يكن له مال ظاهر اعذر اليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له اجلا فان لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للانفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الاجل .

فان كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول اليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقودا وثبت انه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي .

- ٣٠٩ -

وتجرى احكام هذه المادة على المسجون الذى يسر بالنفقة .

وننص المادة ٦ على ان : « تطبيق القاضي لعدم الاتفاق يقع رجعيا وللزوج ان يراجع زوجته اذا ثبت يساره واستعد للاتفاق في اثناء العدة فان لم يثبت ايساره ولم يستعد للاتفاق لم يصح الرجعة . »

٣٠٢ - وفي لبنان تنص المادة ١٢٦ من قانون حقوق العائلة على انه :
« اذا اختفى زوج امرأة او ذهب لمحل مدة سفر او اقرب ونغيب او فقد وتعذر تحصيل النفقة وطلبت زوجته التفريق فالحاكم بعد اجراء التحقيقات اللازمة يحكم بالتفريق بينهما » .

وظاهر من هذا النص ان التفريق لعدم الاتفاق معمول به في لبنان كما هو الشأن في جمهورية مصر العربية .

واذا كان مجهول المحل ولم يعلم ان كان حيا او ميتا فان القاضي يؤجل الزوجة اربع سنوات يتحرى خلالها عنه فان لم يجد هذا التحرى يأمر القاضي ولى الزوج بان يطلق الزوجة فان لم يكن له ولى او امتنع من ذلك طلقها القاضي .

واذا ظهر الزوج بعد ذلك وكانت الزوجة قد تزوجت بغيره فلا يفسخ عقد زواجها من الشخص الآخر .

٣٠٣ - والشريعة على التفريق لعدم الاتفاق ايضا فعندهم يفرقون بين ان يكون الزوج معلوم المحل وان يكون غير معلوم المحل .

فان كانت الاولى فان غاب الزوج ولم يترك مالا تنفق منه الزوجة ولم يوجد متبرع بالاتفاق عليها فان القاضي ينذره في محله المعروف بناء على طلب الزوجة بان يختار امرا من اربعة :

١ - ان يرسل لها نفقتها ٢ - او يحضر اليها ٣ - او يطلبها اليه ٤ -
أو يطلقها باختياره ، فان تمرد على كل ذلك فان القاضي يطلقها عليه .

٣٠٤ - وقد حكم بأن تعذر الاعذار الى المدعى عليه بالانفاق في الغيبة القريبة يقتضي الحكم بالتفريق بدون اعذار الحاقا للغيبة القريبة بالبعيدة .
وقد استند الحكم على ان المادة ٥ / ٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ في جمهورية مصر العربية قد سوغت في الغيبة البعيدة التفريق بدون اعذار وعلة ذلك تعذر الاعذار فان تعذر الاعذار في الغيبة القريبة وجب الحاق الغيبة القريبة بالبعيدة في الحكم لاتحاد العلة فيهما (١) .

وبأنه اذا اعذر الى المدعى عليه بالانفاق على زوجته فامتنع عن الحضور صح الحكم بتطليقها منه ولا يمنع من صحته استبعاد المحكوم عليه في الاستئناف لدفع المبلغ المطلوب للنفقة (٢) .

وحكم بان دعوى الزوجة التطليق للاعسار لا تندفع بسبق الحكم بمنعها (للنشوز) من المطالبة بالمقرر لها عن مدة ماضية متى ثبت أن المانع من الطاعة بعده آت من قبل الزوج (٣) .

وبأن طلب الزوجة التطليق على زوجها لامتناعه عن الانفاق باعترافه بهذا الامتناع بزعمه نشوزها وبأنه موثر بكسبه من عمله متى سبق رفض دعواه الطاعة لعدم أمانته عليها (٤) .

-
- (١) محكمة المحلة الكبرى الشرعية في ١٦/٥/١٩٣٤ المحاماة الشرعية س / ٦٦ / ٢٠١ ص ١٨٢ رقم ٥٥ . ولم يستأنف الحكم فصار نهائيا .
(٢) امبابة الشرعية في ٢٩/٣/١٩٣٢ المحاماة الشرعية س / ٦٦ / ١٠٩ ص ٩٠٣ رقم ٢٤٥ . وقد طبق الحكم المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وتأيد في الاستئناف من محكمة مصر الابتدائية الشرعية .
(٣) محكمة الفيوم الشرعية في ٥/٦/١٩٣٤ المحاماة الشرعية س / ٦٦ ع / ٧، ٨ ص ٧٩٠ رقم ٢٢٣ . وقد طبق الحكم المادة ٤ / من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ولم يستأنف فصار نهائيا .
(٤) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩/١٢/١٩٣٤ المحاماة الشرعية س / ٦٦ ع / ٢، ٤، ٥ ص ٤٠٠ رقم ١١٤ .

وحكم بأنه إذا أعذر الزوج بالانفاق ولم يدفع فطلق القاضي عليه
للاعسار لا يُلغى استعداده للانفاق وتقدمه بعد ذلك بالمال أمام الهيئة
الاستئنافية ، وإن كان الاستئناف مما يجدد الدعوى إلا أنه لا يسمل ما فات
بوقته ولا يمكن تداركه كالطلاق (١) .

وحكم بأنه ترفض الدعوى بالتطليق للاعسار متى كانت المدعية
ناشزا (٢) .

وبأنه ترفض دعوى الزوجة الطلاق للامتناع عن الانفاق متى كانت ناشزا
وقاصدة بدعواها الكيد (٣) .

وبأنه لا يحكم بطلاق للاعسار مع تقدم الزوج بالنفقة وإظهار قدرته
عليها (٤) .

وبأنه قد شرع الطلاق لا امتناع الزوج عن الانفاق على زوجته ولرفع
الضرر عنها وفك وثاقها من زوج يجبسها ولا يطعمها وإن المادة السادسة من
القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ قد شرطت لصحة الرجعة أن يثبت الزوج إيساره
واستعداده للانفاق في أثناء العدة فيجب أن يكون كذلك لدفع حكم الطلاق .
وإن الضرر لا يرتفع بعد ثبوت الاعسار والحكم بالطلاق . والقاضي هو الذى
يقدر كفاية اليسار وعدمها وحقيقة الاستعداد للانفاق (٥) .

(١) محكمة أسيوط الابتدائية الشرعية فى ٣٦/١١/٨ المحاماة الشرعية
س / ٨ ع / ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٢١٤ رقم ٥٤

(٢) محكمة كوم حمادة الشرعية فى ١٩٣٢/١/٢١ المحاماة الشرعية
س / ٤ رقم ٢١ ص ٦٧

(٣) محكمة الأقصر الشرعية فى ١٩٣٢/١٢/٨ المحاماة الشرعية س / ٤
رقم ١٥١ ص ٤٦٨ . وقد تأيد فى الاستئناف .

(٤) محكمة مصر الابتدائية الشرعية فى ٣٦/٥/٣٠ المحاماة الشرعية س
٨ ع / ١ ، ٢ ، ٣ ص ١٩٥ رقم ٦٥ . وفى هذه القضية قدم الزوج النفقة
الحاضرة .

(٥) محكمة الاسكندرية الشرعية فى ١٩٣٩/٤/٢٥ المحاماة الشرعية
س / ١٠ ع / ٩ ص ٨٢٤ رقم ١٧٧ .

- وحكم بان عدم تغير حالة الزوج بعد الطلاق للاعسار الى يسار مانع من صحة الرجعة بعده . فلا تسمع مراجعة مطلقة (١) .
- وبانه تبطل الرجعة بعد الطلاق للاعسار مادام الزوج مصرا على الامتناع عن النفقة (٢) .
- وبانه لا تصح الرجعة من طلاق للاعسار الا اذا أيسر الزوج واستعد للانفاق (٣) .
- وبانه تقع الرجعة صحيحة شرعا (بعد الطلاق للاعسار) اذا كانت في العدة وعرض عليها الزوج نفقتها الحاضرة (٤) .

-
- (١) محكمة الفيوم الشرعية في ١١/٦/١٩٣٤ المحاماة الشرعية س/٦/ع/١
٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧٩١ رقم ٢٢٤ . وفي الحكم انكرت الزوجة استعداده للانفاق عليها . وقد طبقت المحكمة المادة ٦ قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .
- (٢) ههيا الشرعية في ٢٨/١/١٩٣١ المحاماة الشرعية س/٣/ع/١ رقم ١٧ ص ٨٠ . وقد تأيد .
- (٣) اسيوط الابتدائية الشرعية في ٣٠/١٠/١٩٣٢ المحاماة الشرعية س/١/٤ رقم ٩٨ ص ٣١٦ .
- (٤) محكمة طنطا الشرعية في ٧/٣/١٩٣٣ المحاماة الشرعية س/٥/ع/١
٩ ، ١٠ ص ٩٢٣ رقم ٢٥٥ . وقد تأيد في الاستئناف .

المبحث الثاني

التفريق للعيب

٣٠٥ - اجاز أبو حنيفة وأبو يوسف التفريق للعيب المستحكم الذى يمنح التناسل بين الرجل والمرأة وذلك بان يكون الزوج عنيئا أو خصيئا أو مجبوبا وقد اقتصرنا على هذه العيوب فقط .

وقد وافق سائر الفقهاء ابا حنيفة وابا يوسف فيما ذكرا غير ان محمدا زاد جواز التفريق للجذام الذى يكون بالزوج والبرص والجنون . وزاد غيره امراضا غير هذه .

والسبب في اقتصار ابي حنيفة وابى يوسف على العيوب التناسلية المذكورة ان عقد الزواج لا يدخله خيار العيب ولكن انعيب التناسلى بالرجل بخل بالمقصود من الزواج ومن ثم فانه يكون غير صالح لان يبقى . فان لم يطلق طواعة طلق عليه القاضي . اما غير هذه العيوب فان مقصود الزواج يتحقق في الجملة مع وجوده فلا يصح التفريق بمعرفة القاضي لعيب من العيوب غير العنة والجب والخصاء .

ويشترط للتفريق بعيب من هذه العيوب شروط هي :

١ - عدم علم الزوجة بالعيب حين العقد فان علمت به ورضيت فليس لها طلب التفريق لهذا السبب .

٢ - ان تطلب التفريق من القاضي ويثبت لديه العيب .

٣ - ان يحكم القاضي بالتفريق فقبل حكم القاضي لا يقع تفريق لعيب من العيوب المذكورة .

وكيفية اثبات الجب يكون بطريق الاثبات المعروفة في مثل هذا العيب اما في العنة والخصاء فان القاضي لا يحكم بالتفريق بسبب واحد منهما بمجرد الطلب وثبوت ان الزوج لم يقرب زوجته بل يلزم تأجيلهما سنة ويثبت انه

لم يقربها في هذه السنة وذلك حتى يحصل التأكد من عدم التمكن من قربها على مدار السنة وفيها الفصول الاربعة التي تختلف بالنسبة لها طبائع الناس وفضلا عن ذلك فالسنة اقصى ما يمكن ان نصبر عليه وحتى لا يكون عند الزوج عذر . والراجح كون السنة قمرية لا شمسية . ولا تدخل في السنة المذكورة المدة التي تغيب الزوجة عنه فيها .

فاذا انتهت السنة واقر بانه لم يقربها واصرت هي على طلب التفريق فبرق القاضي بينهما بطلقة بائنة .

اما اذا اختلفا في كونه قاربها ام لا فان كانت ثيبا فالقول له بيمينه وان كانت لا تزال بكرا فالقول قولها بيمينها . والبقارة والثيوبة تعرف بشهادة امرأتين .

٣٠٦ - وقد قلنا ان محمدا زاد الجنون والجذام والبرص والعلّة ان معيشة الزوجة مع المصاب بمرض من هذه الامراض لا تكون الا بضرر ولانها تنتقل الى الذرية .

٣٠٧ - وفي جمهورية مصر العربية : لا يزال العمل بمذهب ابي حنيفة في العيوب التناسلية انفة الذكر .

وقد جاء القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ باحكام تسرى على عيوب أخرى . فقالت المادة التاسعة من القانون المذكور: « للزوجة ان تطلب التفريق بينها وبين زوجها اذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء اكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم نعلم به ام حدث بعد العقد ولم ترض به ، فان تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق » .

- ٣١٥ -

وفالت المادة ١١ من القانون المذكور : « يستعان باهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من اجلها » .

وفالت المادة العاشرة منه « العرقه بالعيب طلاق بائن » .

والظاهر من نص المادة التاسعة من هذا القانون انه مثل للأمراض التي ذكرها بالجنون والجذام والبرص فالتعداد فيها ليس على سبيل الحصر بل هو على سبيل التمثيل .

ويشترط في العيب الذي يكون سببا للتفريق طبقا لهذه المادة :

١ - ان يكون العيب مستحكما لا يمكن البرء منه او يمكن ذلك لكن بعد زمن طويل .

٢ - الا يمكن مقام الزوجة مع الزوج المصاب به الا بضرر والظاهر انه لا يكفي أى ضرر بل يجب كون الضرر شديدا سواء اكان خاصا بالزوجة ام خاصا بالنسل .

وهذا الشرط والذي قبله يستعان في تحقيقهما باهل الخبرة (المادة ١١ من القانون المذكور) .

٣ - الا يثبت رضاء الزوجة بالعيب فاذا كان قائما وقت العقد وعلمت به فليس لها طلب التفريق بسببه بعد ذلك ، وان طرا على الزوج بعد العقد ثم علمت به ورضيت أو علمت بالعيب الذي كان عند العقد ولم تعلم به وقتها ورضيت فلا يكون لها طلب التفريق بسببه .

هذا ويجب ان تطلب الزوجة التفريق وان يحكم به القاضي وقبل الحكم تبقى احكام الزوجية ثابتة .

والفرقة بالعيب طلاق بائن (مادة ١٠ من القانون المذكور) .

٣٠٨ وقد حكم بأن الدعوى تقبل من الزوجة باصابة زوجها بمرض الزهري أو أى مرض يخشي من بقائها معه الضرر حتى اذا ثبت ذلك فرق القاضي

بينهما . ولا عبرة بحصر الفقهاء للعيوب المسببة لفسخ النكاح متى قرر أهل الخبرة عدوى المرض .

وإذا وثق المتداعيان بالخير وأجرى عملياته ولو بدون اعلامهما فليس لأحدهما أن يطعن فيه بمطعن . وهذه الدعوى تطبق للمادتين ٩ ، ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (١) .

وحكم بأنه لايجاب طلب الزوجة التفريق بينها وبين زوجها لجنونه متى ثبت علمها ورضاؤها بمعاشرتة وهو على هذه الحالة (٢) .

وبأنه يجاب طلب الزوجة التطليق على زوجها لعتفه وعدم ادراكه بما لا يستطيع معه دوام العشرة بينهما (٣) .

ومع ذلك حكم بأن العته لا يدخل في عداد العيوب التي يفرق بسببها بين الزوجين بمقتضى المادة ٩ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وبأن قبول الزوجة لأن تكون قيمة على زوجها المعيب يعيب من العيوب التي تعجز لها طلب التفريق يعتبر رضا بعيبه ولا يحق لها طلب التفريق بعده طبقاً للمادة ٩ المذكورة .

ومما جاء في الحكم قوله ان المعتوه شرعا هو قليل الفهم مختلط الكلام ولا يضرب ولا يشتم ومثل هذا العيب لا تتضرر به الزوجة . وفي القضية كانت الزوجة قيمة على زوجها المعتوه واعتبر الحكم هذا رضا دلالة بهذا العيب .

(١) محكمة بورسعيد الشرعية في ١١/٤/١٩٣٢ المحاماة الشرعية س / ٥ ع / ٩ ، ١٠ ص ٩٠٤ رقم ٢٤٦ . ولم يستأنف فصار نهائيا .

(٢) محكمة مفاغة الشرعية المحاماة الشرعية في ٢٥/٢/١٩٣٣ س / ٦ ع / ١ ، ٧ ، ٨ ص ٧٥٣ رقم ٤ . ولم يستأنف فصار نهائيا . وقد طبق المادة / ٩ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

(٣) محكمة بورسعيد الشرعية ٣٠/١١/١٩٣٢ المحاماة الشرعية س / ٦ ص ٤١٠ ع / ٣ ، ٤ ، ٥ رقم ٢٠ وقد طبق الحكم المادة ٩ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وهي الخاصة بالعيب المستحكم واستعانت المحكمة بطبيين عملا بالمادة ١١ منه .

٣٠٩ - وفي لبنان

تنص المادة ١١٩ من قانون حقوق العائلة على انه : « اذا اطلعت المرأة السالمة من عيوب المقاربة ان زوجها مصاب بعملة من تلك العلل فلها ان تراجع الحاكم وتطلب الفراق . اما المرأة المبتلاة باحد العيوب المذكورة فلا يجاب طلبها . وليس للزوجة التي قاربها الزوج حق الخيار بسبب عيب من هذا القبيل » .

وقالت المادة ١٢٠ منه : « اذا اطلعت الزوجة قبل النكاح على عيب الزوج ما عدا العنة أو رضيت بعد النكاح باى عيب كان يسقط حق خيارها انما لا يسقط الاطلاع على العنة قبل النكاح حق الخيار » .

وقالت المادة ١٢١ منه : « اذا راجعت الزوجة الحاكم حسب المواد السابقة ينظر فان كانت العلة غير قابلة للزوال فالحاكم يفرق بينهما بالحال . وان كانت قابلة للزوال فالحاكم يمهل الزوجة مدة سنة اعتبارا من زمن الحادثة أو من وقت افاقته ان كان مريضا واذا مرض الزوج أو الزوجة مدة قليلة أو كثيرة بدرجة لا يمكن فيها المقاربة أو تغيبت الزوجة فلا تحسب المدة المارة على هذه الصورة . واما غياب الزوج وايام حيض الزوجة فتحسب واذا لم تنزل العلة لظرف هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق واصرت الزوجة على طلبها يفرق الحاكم بينهما واذا ادعى الزوج المقاربة سواء كانت في بداية الحادثة أو نهايتها فان كانت الزوجة ثيبا فالقول قول الزوج مع اليمين وان كانت بكرا فالقول قولها بلا يمين » .

وقالت المادة ١٢٢ منه : « اذا اطلعت الزوجة بعد النكاح ان الزوج معتل بعملة لا يمكن الاقامة بها معه سوية بلا ضرر كالجذام والبرص وعلّة الزهرى أو حدثت به اخيرا هكذا علة فلها ان تراجع الحاكم وتطلب التفريق والحاكم يرى ان كان يوجد امل بزوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة واذا لم تنزل بظرف هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق واصرت الزوجة ايضا على طلبها يحكم

الحاكم بالتفريق ووجود احد العيوب في الزوج كالعمى والعرج لا توجب التفريق » .

وقالت المادة ١٢٣ منه : « اذا جن الزوج بعد عقد النكاح وراجعت الزوجة وطلبت التفريق فالحاكم يؤجل التفريق سنة واذا لم يزل الجنون بظرف هذه المدة واصرت الزوجة يحكم بالتفريق » .

وقالت المادة ١٢٤ منه : « خيار الزوجة في الظروف التى لها الخيار ليس من الضرورى ان يكون على الفور فلها ان تؤخر الدعوى مدة ولها ان تتركها مدة بعد اقامتها » .

وقالت المادة ١٢٥ منه : « اذا جدد الطرفان العقد بعد التفريق بموجب المواد السابقة فليس للزوجة حق الخيار في الزواج الثانى » .

٣١ - وظاهر من نصوص المواد ١١٩ ، ١٢٠ ، ١٢١ انها خاصة بكون الزوج معتلا بعيب من عيوب المقاربة وهذه العيوب المقصود بها عيوب التناسل وهى : الحب والعنة والخصاء .

وقد اشترطت المادة ١١٩ لكى تطلب الزوجة التفريق لعيب من هذه العيوب الا تكون هى مصابة بعيب من عيوب التناسل فان كانت مصابة بعيب تناسلى فلا يحق لها طلب التفريق بسبب اصابة زوجها بعيب من هذا القبيل . ويشترط ايضا في هذه المواد ان تطلب الزوجة التفريق من القاضي وان يحكم القاضي بالتفريق . كما يشترط الا تكون رضيت بالعييب فان كانت رضيت به فلا يكون لها طلب التفريق بسببه .

اما العنة فاطلاعا عليها قبل النكاح غير مسقط لحقها في الخيار . والخيار ليس من الضرورى ان يحصل على الفور بل ان الزوجة لها ان تؤخر الدعوى مدة ، ولها كذلك ان تتركها مدة بعد رفعها (المادة ١٢٤ حقوق العائلة) .

والعلة التناسلية ان كانت غير قابلة للزوال فان الحاكم يفرق بسببها في الحال بناء على طلب الزوجة وان كانت قابلة للزوال فان القاضي ينتظر سنة على التفصيل الوارد في المادة ١٢١ المذكورة .

- ٣١٩ -

٣١١ - اما العيوب الاخرى فقد مثلت المادة ١٢٢ لها بالجذام والبرص والزهرى . وذكرت المادة ١٢٣ جنون الزوج .

وظاهر من نص المادة ١٢٢ المذكورة ان التعداد فيها على سبيل التمثيل لا الحصر وانما هي اشترطت في العلة الموجبة للتفريق الا يكون من الممكن الاقامة بها مع الزوج بلا ضرر . فاذا طلبت الزوجة الطلاق بسبب العلة التي لا يمكن الاقامة مع الزوج بها الا بضرر فان كان هناك امل في زوالها يؤجل القاضي الدعوى سنة واحدة واذا لم تزل في خلال هذه السنة وبقيت الزوجة على الطلب يفرق بينهما القاضي . ومعنى ذلك ان هذه المادة اشترطت للتفريق بمثل هذه العيوب الا يمكن الاقامة مع الزوج المصاب بواحد منها الا بضرر والا يكون من الممكن البرء منها أو يمكن ذلك بعد مدة طويلة وقدرت المدة الطويلة بما يزيد عن السنة وهذا الاتجاه قريب من اتجاه الشارع في جمهورية مصر العربية في هذا السبيل .

والذى قيل في عيوب المادة ١٢٢ يقال في عيب جنون الزوج الذى يحصل بعد عقد النكاح (المادة ١٢٣) .

وهذا ويلاحظ ان العيوب متى توافرت الشروط المنصوص عنها موجبة للتفريق لكن نص في المادة ١٢٢ على ان وجود احد العيوب في الزوج كالعجز والعرج لا يوجب التفريق .

ويجسر هنا بالقاضي ان يستعين باهل الخبرة في العيوب التي لا يكون المقام معها الا بضرر وحسنا فعل الشارع في جمهورية مصر العربية بالنص على ذلك صراحة في المادة ١١ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ .

ويلاحظ هنا ايضا كما في العيوب التناسلية ان خيار الزوجة في الظروف التي لها فيها الخيار ليس من الضروري ان يكون فوريا بل لها ان تؤخر

- ٣٢٠ -

الدعوى مدة ولها تركها بعد رفعها مدة كما بينت ذلك المادة ١٢٤ من قانون
حقوق العائلة .

٣١٢ - والشيعية الامامية يحضرون العيوب التي تكون في الرجل
وتستوجب التفريق في عيوب التناسل والجنون . اما عند المرأة فان فسخ
الزواج عندهم جائز اذا وجد الزوج في زوجته عيبا من العيوب التالية : الجنون،
الجذام ، البرص ، العمى ، العرج الواضح ، الافضاء ، القرن . (المادة ٣٩ من
الفصول الشرعية) .

المبحث الثالث

التفريق بسبب الشقاق الزوجي

٣١٣ - كان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م في مصر بين أحكام التفريق بسبب الشقاق الزوجي وذلك في المواد من ٦ الى ١١ منه .

وكانت المادة ٦ تنص على أنه : « اذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقه بائنة اذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما . فاذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يتبب الضرر بعث القاضي حكمن على الوجه المبين في المواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ » .

وتنص المادة ٧ على أنه : « يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين ان امكن والا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما » .

والمادة ٨ قالت : « على الحكمين أن يتعرفا اسباب الشقاق ويبذلا جهدهما في الاصلاح فان أمكن على طريقة معينة قرراها » .

وقالت المادة ٩ : « اذا عجز الحكمان عن الاصلاح وكانت الاساءة من جانب الزوج أو منهما أو جهلت الحال قرر القاضي التفريق بطلاقه بائنة » .

وقالت المادة ١٠ : « اذا اختلف الحكمان أمرهما بماودة البحث فان استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما » .

وقالت المادة ١١ : « على الحكمين أن يرفعا الى القاضي ما يقرانه وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاءه » .

٣١٤ - وقد جاءت المادة الثالثة من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ م تقول : « يستبدل بنصوص المواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ ، ١٦ ، ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية النصوص الآتية : (م ٢١ - الأحوال الشخصية)

مادة (٧) : « يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن . والافمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما » .

مادة (٨) : ١ - « يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على أن لا تجاوز مدة ستة شهور . وتخطر المحكمة الحكمين والخصوم بذلك . وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وبأمانة » .

ب - يجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد عن ثلاثة شهور . فان لم يقدموا تقريرهما اعتبرتهما غيرمتفقين » .

مادة (٩) : « لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم اخطاره » .

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الاصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة » .

مادة (١٠) : « اذا عجز الحكمان عن الاصلاح :

١ - فان كانت الاساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التفريق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق .

٢ - واذا كانت الاساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة .

٣ - واذا كانت الاساءة مشتركة اقترحا التفريق دون بدل او ببديل يتناسب مع نسبة الاساءة .

٤ - وان جهل الحال فلم يعرف المسمى منهما اقترح الحكمان تفريقا دون بدل » .

مادة (١١) « د على الحكمين ان يرفعا تقريرهما الى المحكمة مشتملا على الأسباب التي بنى عليها . فان لم يتفقا بعثهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الاصلاح ، وحلفته اليمين المبينة في المادة (٨) .

وإذا اختلعا أو لم يقدموا التقرير في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الإثبات وأن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتضى .

٣١٥ - ومقتضى مواد القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ من ٦ إلى ١١ ، وهى التى كانت قائمة ، ان الزوجة لو ادعت اضرار الزوج بها لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما فان لها أن تطلب من القاضي التفريق ، فإذا أثبتت دعواها ولم يمكن التوفيق بينهما فان القاضي يجيبها لطلبها . والتفريق هنا طلاق بائنة . وإذا عجزت عن اثبات الدعوى فانها ترفض .

فإذا تكررت شكواها الى القاضي في دعوى أخرى رتبته الدعوى اجيب لطلبها اذا لم يمكن الاصلاح . أما اذا لم تتمكن من اثبات الضرر في هذه المرة فان القاضي يبعث حكمين رجلين عدلين من أهل الزوجين ان كان ذلك ممكناً ، والا فمن غيرهم ممن يكون له خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما .

وهذان الحكمان يتعرفان أسباب الشقاق ويبذلان جهدهما في الاصلاح فان تم الاصلاح انتهى الأمر على الوفاق .

أما اذا عجزا عن الاصلاح فان عليهما ان يتعرفا مصدر الاساءة . فان كانت من جانب الزوج أو منهما معا أو كانت الحالة في مصدر الاساءة مجهولة فهنا يقرر القاضي التفريق بطلقة بائنة .

أما اذا كانت الاساءة من جانب الزوجة فانه لا تفريق وترفض دعواها . وإذا اختلف الحكمان فان القاضي يأمرهما بأن يعاودا البحث لعلهما يتفقان فان لم يحصل الاتفاق حكم القاضي غيرهما .

ويلاحظ أن الحكمين يقرران ما يريانه والذي يحكم بالطلاق أو برفض الدعوى حسب ما يقررانه هو القاضي . والطلاق يقع كما قدمنا بائناً لأنه لا يمكن أن يزال الضرر على الوجه المطلوب إلا بالطلاق البائن .

٣١٦ - وقالت المذكرة الايضاحية عن المواد من ٧ حتى ١١ المستحدثة بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ انه اتضح من تطبيق أحكام القانون القائم (يعنى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩) في التحكيم قصورها عن الوفاء بعناصر الفصل في الأنزعة الخاصة بالطلاق للضرر ، بل ان تلك الأحكام كانت لا تنتهى بالنزاع الى نتيجة حاسمة وقد تفادى القانون (يعنى قانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩) في المادتين ٨ ، ٩ كثيرا من مساوىء القانون القائم (يعنى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩) فنظم عمل الحكيم بما يكفل حسن سير العدالة ويقطع طرائق الارجاء ويمنع عرقلة عمل الحكيم ، ثم بين في المادة العاشرة ما يتبعه الحكمان عند العجز عن الاصلاح من حيث التفريق والنتائج المالية وتفاديا لاطالة أمد التقاضي عند اختلاف الحكيم اقترح القانون تعيين حكم ثالث تبعه المحكمة مع الحكيم وتقضي بما يتفقون عليه أو برأى الاكثرية . وعند اختلافهما في الرأى أو عدم تقديم التقرير في الميعاد تسير المحكمة في الاثبات وتقضي وفق التفصيل الموضح في المادة (١١) .

ثم قالت المذكرة ان بعث الحكم الثالث لا يخالف أصلا من أصول الشريعة فان القرآن الكريم لم ينه عنه وقد صار في هذا الزمان امرا ضروريا كوسيلة لأظهار الحق ورفع الضرر . على أن من الفقهاء من أجاز بعث حكم واحد .

وقالت المذكرة بعد ذلك انه اذا عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بائنة مع اسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها والزامها التعويض المناسب ان كان لذلك كله مقتضى .

ثم قالت هذه الأحكام جميعها مأخوذة من مذهب الامام مالك أما نصا وإما مخرجة على نصوصه .

٣١٧ - ونحن لا نرى في المواد من ٧ حتى ١١ التى استحدثها القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ . بأسا ثم هى قد جاءت بمضمون المواد من ٧ حتى ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وبنيت على أسسها ، أما ما استحدثه القانون

من تفصيل في بعث الحكامين من اجراءات وما اليها ومن بعث حكم ثالث فان له أصلا في مذهب الامام مالك .

٣١٨ - وفي لبنان : نصت المادة ١٣٠ من قانون حقوق العائلة على انه : « اذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين وراجع احدهما الحاكم فالحاكم يعين من عائلة الطرفين أو احدهما حكما واذا لم يوجد شخص لتعيينه حكما من عائلة الطرفين أو احدهما أو وجد لكن غير حائز أوصاف الحكم يعين من يناسبهم من الخارج ومجلس العائلة المتشكل على هذه الصورة يدقق افادات ومدافعات الطرفين ويجهتد في اصلاح ذات البين . واذا لم يمكن الاصلاح : فان كان القصور من جهة الزوج يفرق الحاكم بينهما ، وان كان من جهة الزوجة يجرى المصالحة على تمام المهر أو على قسم منه . واذا لم يمكن اتفاق الحكامين فالحاكم يعين هيئة حكومية اخرى حائزة الاوصاف المطلوبة أو يعين حكما ثالثا ليس له قرابة بالطرفين . وحكم المحكمين قطعي وغير قابل للاعتراض » .

ونصت المادة ١٣١ على ان الحكم الصادر بالتفريق بموجب هذه المادة يتضمن الطلاق البائن .

ومعنى هذه النصوص ان الزوجة اذا ادعت ان الزوج يضارها ويسىء معاملتها بالضرب ونحوه وتنتج عن ذلك شقاق بينهما طلبت بسببه الزوجة التفريق فان القاضي بعد ان يتأكد من حصول الشقاق يعين حكامين احدهما من اهل الزوج والآخر من اهل الزوجة فان لم يكن ذلك ممكنا عين من يناسبهما من الخارج والحكمان يعقدان مجلسا عائليا يستمعان فيه الى دفاع كل من الطرفين ويجهتدان ما امكنهما في اصلاح ذات البين فان لم يمكنهما ذلك فعليهما ان يتحققا من من الزوجين هو المذنب ويحكمان بالتفريق . فان كان الذنب على الزوج الزم المهر باكماله وان كان على الزوجة او كان مشتركا بينهما اسقط المهر كله أو بعضه .

- ٣٢٦ -

راذا اختلف الحكمان عين القاضي حكمين آخرين أو عين حكما ثالثا ليس له قرابة للطرفين .

وحكم القاضي بالتفريق للشقاق حكم قطعى لا يقبل الاعتراض وهو طلاق بائن .

وهذا النوع من التفريق ليس عند الشيعة الامامية .

حكم التزوج بأخرى :

٣١٩ - نصت المادة الأولى من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ م . الصادر في مصر على أنه تضاف الى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مواد جديدة منها المادة (٥ مكررا) ، (٦ مكررا) ، (٢٣ مكررا) :

وقد جرى نص المادة (٥ مكررا) على انه يجب على المطلق أن يبادر الى توثيق أشهاد طلاقه لدى الموثق المختص .

وتترتب آثار الطلاق بالنسبة للزوجة من تاريخ علمها به .

وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه ، فاذا لم تحضره كان على المطلق اعلانها بوقوع الطلاق على يد محضر مع شخصها أو في محل اقامتها الذى يرشد عنه المطلق . وعلى الموثق تسليم نسخة شهادة الطلاق الى المطلقة أو من ينوب عنها ، وذلك كله وفق الأوضاع والاجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل .

ونصت المادة (٦ مكررا) على أنه : « على الزوج أن يقدم للموثق اقرارا كتابيا يتضمن حالته الاجتماعية . فاذا كان متزوجا فعليه أن يبين في الاقرار اسم الزوجة او الزوجات اللاتي في عصمته وقت العقد الجديد ومحال اقامتهن ، وعلى الموثق اخطارهن بانزواج الجديد بكتاب موصي عليه .

ويعتبر اضرارا اقتران زوجها بأخرى بغير رضاها ، ولو لم تكن اشترطت عليه في عقد زواجها عدم الزواج عليها ، وكذلك اخفاء الزوج على زوجته الجديدة أنه متزوج بسواها .

ويستقط حق الزوجة في طلب التفريق بضي سنة من تاريخ علمها بقيام السبب الموجب للضرر ، ما لم تكن قد رضيت بذلك صراحة أو ضمنا » .

ونصت (المادة ٢٣) على أنه : « يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تجاوز ستة شهور ، وبغرامة لا تجاوز مائتي جنيه أو بأحدى هاتين العقوبتين اذا خالف ايا من الأحكام المنصوص عليها في المادة الخامسة مكررا من هذا القانون او أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محال اقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقاته .

ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيها اذا اخل بأى من الالتزامات التي فرضها عليه القانون . ويجوز ايضا الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز سنة » .

٣٢٠ - وقالت المذكرة الايضاحية عن (المادة الخامسة مكررا) :

انه ظهر من استقصاء حالات الطلاق أن بعض الأزواج قد لجأوا الى إيقاع الطلاق في غيبة زوجاتهم واخفوا عنهن خبره وفي هذا اضرار بالمطلقات وتعليق لهن بدون مبرر ، بل ان بعض الأزواج كان يوثق الطلاق رسميا لدى الموثق ثم يحتفظ بورقتي الطلاق لديه متظاهرا للزوجة باستدامتها ، حتى اذا ما وقع خلاف بينهما ابرز سند الطلاق شاهرا اياه في وجهها محاولا به اسقاط حقوقها . وليس هذا بدعا جديدا ، فقد سبق لفقهاء المذهب الحنفى أن واجهوا حال اخفاء الطلاق بتأخير بدء العدة الى وقت الاقرار من الزوج بحدوث الطلاق، فقالوا : لو كنتم طلاقها لم تنقض العدة زجرا له ، بمعنى ان الزوج اذا طلق زوجته وأخفى عنها الطلاق ثم أقر بعد ذلك به لم تبدأ العدة الا من وقت هذا الاقرار ،

ولا يعند دسناد الطلاق الى تاريخ سابق (الدر المختار للحصكفى وحاشية رد المختار لابن عابدين ج / ٢ في باب العدة) .

وبناء على هذا ، ولما كانت الدولة قد نظمت أمر توثيق الطلاق فاختصت الماذون بتوثيق اشهادات الطلاق بين الأزواج المصريين المسلمين ومكتب التوثيق بالنسب العقارى بالأزواج اذا اختلفت جنسياتهم أو دياناتهم . رأى المشروع أن ينظم طريق علم الزوجة بطلاقها حتى لا تتتابع المشاكل بين الزوجين اذا أخفى الطلاق ، فأوجبت (المادة ٥ مكررا) على المطلق متى أوقع الطلاق أو رغب في إيقاعه أن يبادر الى توثيقه باثباته بشهاد لدى الموثق المختص . ورتبت هذه المادة في فقرتها الثانية آثار الطلاق بالنسبة للزوجة من تاريخ علمها به ، أخذا مما قرره فقهاء الحنفية في حالة ما اذا اكنم الزوج طلاق الزوجة وأخفاه عنها . ثم فصل نص هذه المادة طرق علم الزوجة وفوض وزير العدل في وضع الاجراءات المنفذة لما جاء بها من أحكام - هذا وليس في ايجاب توثيق الطلاق ولا في تنظيم طريق العلم أى قيد على حق الطلاق الذى أسنده الله للزوج ، كما لا تشكل تلك الاجراءات أى قيد على جواز اثبات الطلاق قضاء بكافة الطرق ، غير أن آثارها بالنسبة للزوجة في حالة اخفائه لا تبدأ الا من تاريخ علمها به .

٣٢١ - وقالت المذكرة الايضاحية عن الطلاق للضرر :

ان المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ سبق أن قررت مبدأ الطلاق للضرر . وقد سبق إيراد نصها . واستطردت المذكرة تقول ان هذا الحكم مأخوذ من مذهب الامام مالك ، ومثله في مذهب الامام أحمد ابن حنبل ، وخالف في هذا الامامان أبو حنيفة والشافعى .

والاصل في جواز التطليق للضرر قوله تعالى : « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من أهلها ، ان يريدوا اصلاحا يوفق الله بينهما » من الآية رقم ٣٥ من سورة النساء .

فقد فهم بعض الصحابة أن حق الحكمين مطلق في الإصلاح أو التفريق .
وأن على القاضي أن يقضي بما يريانه ، ومن هؤلاء على بن أبى طالب وعبد الله
ابن عباس ، ولم يعرف لهما مخالف ، وهو يتفق مع المأثور من أحاديث
الرسول ﷺ اذ قال : (لا ضرر ولا ضرار) ، كما يتفق كذلك مع وصايا القرآن
الكريم في مثل قوله تعالى : (فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان) من
الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة ، وإذا فات الامسك بالمعروف تعين
التسريح بإحسان .

ثم قالت المذكرة : ولما كانت مشكلة الجمع بين أكثر من زوجة مشكلة
اجتماعية فإن المشروع رأى اعتبار الجمع من قبيل ائذاء الزوجة السابقة
فأعطاهما الحق في طلب التفريق مالم ترض به كما أعطاهما هذا الحق اذا أخفى
الزوج عنها وقت الزواج أنه متزوج .

ثم قالت : وما اختاره المشروع يمتاز بأنه في نطاق الشريعة ولا يخرج
على أصولها ، وهو في الوقت ذاته لا يبقى على مشكلة تعدد الزوجات الا برضا
الزوجات أنفسهن . ومستند هذا ما أوضحه ابن القيم تخريجا على قواعد الامام
أحمد ، وقواعد فقه أهل المدينة .

وبناء على هذا جاء الحكم المبين في الفقرة الثانية من المادة (٦ مكررا)
مبيناً أن الأضرار التي ترخص للزوجة في طلب التطلاق من زوجها اقترانه بغيرها
دون رضاها ولو لم تكن قد اشترطت عليه في عقد زواجهما . ومن هذا
القبيل اذا أخفى الزوج على الزوجة الجديدة أنه متزوج بغيرها فانه يكون
حقا لها أن تطلب التطلاق عليه ، كما اذا تزوج عليها دون رضاها .

ثم قالت : ولم يترك هذا النص الأمر مطلقا تستعمله الزوجة المتضررة
حسبما تشاء ، وفي الوقت الذي تريد بل غياه بسنة من تاريخ علمها بقيام
السبب الموجب للضرر ما لم تكن قد رضيت بالبقاء على عصمته بعده صراحة
أو ضمنا .

و ضمنا نعم الزوج بقيام هذا السبب اوجب النص في فقرته الأولى على الرجل عند عقد زواجه أن يقدم اقرارا كتابيا للموثق يضمنه حالته الاجتماعية ، فاذا كان متزوجا فعليه أن يبين في الاقرار اسم الزوجة او الزوجات اللاتي على عقمته وقت العقد الجديد ومحال اقامتهن ، و اوجب على الموثق اخطار اولس الزوجات بالزواج الجديد بكتاب موصي عليه .

٣٢٢ - والذي أريد أن أتكلم فيه هو الفقرة الثانية من المادة (٦ مكررا) المذكورة آنفا . وقد اعتبر هذا النص اضرارا اقتران الزوج بأخرى بغير رضاها ولو لم تكن قد اشترطت عليه في عقد زواجها عدم التزوج عليها ، وكذلك الحال ان أخفى الزوج على زوجته الجديدة أنه متزوج بسواها .

وقد قالت المذكرة كما سبق الكلام أن مشكلة الجمع بين أكثر من زوجة واحدة مشكلة اجتماعية ولذلك اعتبر النص الجمع من قبيل ايداء الزوجة السابقة فأعطاهما الحق في طلب التفريق ما لم ترض به ، كما أعطاهما هذا الحق اذا أخفى الزوج عنها وقت الزواج أنه متزوج . كما قالت : ان ما اختاره القانون في نطاق الشريعة ولا يخرج على أصولها . وأنه في نفس الوقت لا يبقى على مشكلة تعدد الزوجات الا برضا الزوجات أنفسهن . ومستند هذا ما أوضحه ابن القيم تخريحا على قواعد الامام أحمد وقواعد فقه أهل المدينة .

٣٢٣ - وورد في مذكرة مواد التفريق بسبب الشقاق الزوجي أن هذا النوع من التفريق مأخوذ من مذهب الامام مالك ومثله في مذهب الامام أحمد . واذا كان الطلاق للضرر مأخوذا من مذهب الامام مالك ومثله في ذلك مذهب الامام أحمد فانه ينبغي أن يرجع في بيان ما يعتبر مضارة يبرر طلب التفريق الى هذين المذهبين ، وفيما يلي بيان ذلك :

٣٢٤ - أولا: لم أجد أحدا من فقهاء هذين المذهبين قد صرح باعتبار التزوج بأخرى مبررا للتطليق للضرر ، كما لم أجد من يؤخذ ذلك من كلامه ضمنا ،

على حد علمي . لكنني وجدت من صرح في معرض الكلام عن قوله تعالى : « وان
خفتم شقاق بينهما » بأن التزوج بأخرى ليس معتبرا من اسباب
الضرر المجيز لطلب التفريق للضرر ، وفيما يلي بيان ذلك :

١ - جاء في تفسير الفخر الرازي بصدد تفسير قوله تعالى : « وان خفتم
شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدوا اصلاحا يوفق
الله بينهما » (١) قول الرازي : (اذا وقع الشقاق بينهما فذاك الشقاق اما ان
يكون منهما أو منه أو منها أو يشكل . فان كان منها فهو النشوز
وان كان منه : فان كان قد فعل فعلا حلالا مثل التزوج بامرأة أخرى أو تسرى
بجارية ، عرفت المرأة ان ذلك مباح ونهيت عن الشقاق ، فان قبلت والا كان
نشوزا (٢) .

وهذا الكلام من الامام الرازي في تفسير آية بعث الحكمين صريح بأن
التزوج بأخرى يعتبر مباحا حلالا ، ومن ثم فلا يعتبر اضرارا بالزوجة سواء
كانت القديمة أو الجديدة .

وهذا هو الشأن في كل ما يباح للزوج ، ومنه تاديب الزوجة على النشوز
بشرط أن يكون تاديبا مشروعا قد التزم الزوج حدوده (٣) .

٢ - وجاء في الخرخشي على خليل قوله (من الضرر قطع كلامه عنها ،
وتحويل وجهه عنها ، وضربها ضربا مؤلما - لا منعها الحمام أو تاديبها على الصلاة
والتسرى ، والتزوج عليها) .

وظاهر من هذا النص بوضوح أنه لم يعتبر التزوج على الزوجة ضررا
يبرر طلب التطلاق للضرر ، ثم انه فرق بين التاديب المشروع فلم يجعله سببا

(١) سورة النساء آية رقم ٣٥ .

(٢) تفسير الفخر الرازي المجلد التاسع ، طبعة دار الفكر بيروت

ص ٩٦ .

(٣) أحكام القرآن لابن العربي المجلد الأول صفحة ٤١٧ وما بعدها ، طبعة

دار المعرفة بيروت .

للطلاق للضرر . وبين غير المشروع كالضرب المؤلم فجعله سببا للطلاق للضرر والنص قد اورد اسبابا للطلاق للضرر ، ومن المسلم ان ما اوردته انما جاء على سبيل التمثيل لا الحصر . هذا ، وقد جاء النص المذكور في موضوع التطليق للضرر ، وبيان أحكام آية بعث الحكيمين للاصلاح بين الزوجين (١) .

٣ - وفي مواهب الجليل قوله أن تأديب الزوجة الذي لا يعتبر من الضرر المبرر للتطليق يكون بالوعظ ثم الهجر والمراد به أن يترك مضجعها على قول كثير من الفقهاء وغاية الهجر شهر ، ولا يبلغ الأربعة الأشهر التي للمولى . ثم الضرب ضرب أدب غير مبرح ، وهو الذي لا يكسر عظما ولا يشين جارحة كاللكزة ونحوها ، فان المقصود منه الصلاح لاغير ، فلا جرم اذا أدى الى الهلاك وجب الضمان . وقيل ان معنى غير مبرح هو غير الشديد ، وقيل غير المؤثر ولا الشاق . وقيل هو الضرب الذي لا يظهر اثره ، وذلك كله يكون لنشوز المرأة . ولزوم هذه الحدود في التأديب يبعده من أن يكون من الضرر المؤدى الى التفريق .

ثم قال ان من الضرر قطع كلامه عنها ، وتحويل وجهه في الفراش عنها ، وإيثار امرأة عليها ، وضربها ضربا مؤلما . وليس من الضرر منعها من الحمام والنزاهة ، وتأديبها على ترك الصلاة : ولافعل التتسرى (٢) .

وقال في مكان آخر : (من الاضرار أن يمنعها من زيارة والديها . وليس من الاضرار بها النعض لها . وانما الاضرار الأذى وضرب أو اتصال شتم في غير حق وأخذ مال ، أو المشاركة) (٣) .

ومن المسلم أن تعداد ما يبعد من الضرر وما لا يعد قدورد في النصوص آنفة الذكر على سبيل التمثيل لا الحصر . وليس هناك شك في أن التأديب

(١) الخرخشي على خليل ج / ٢ ص ٩ طبعة دار الفكر بيروت .

(٢) مواهب الجليل ج / ٤ ص ١٤ وما بعدها .

(٣) مواهب الجليل ج / ٤ ص ٣٤ .

المشروع ليس من قبيل الاضرار اننى نعطي المرأة حق طلب التطليق لنصرر
ومرد هذا انه مباح للزوج ومن حقه مباشرته ولا يعقل ان يكون مباشرة الحق
سببا للتطليق للضرر . وباء على هذا فان كل من يحل للزوج ويباح له
لا تعتبر مباشرته من قبيل الضرر . ومن هذا التسرى والتزوج بأخرى فاقه
نعالى يقول : (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) (١) .

٤ - وجاء في رسالة القيروانى قوله : (للمرأة ان تفتدى من زوجها بصدقتها
او اقل او أكثر اذا لم يكن عن ضرر بها ، فان كان عن ضرر بها رجعت بما أعطته
ولزمه الخلع) .

وقال في الفواكه الدوانى : (و) يجوز (للمرأة) الرشيدة (ان تفتدى
من زوجها) ولو سفيها أو صبيبا (بصدقتها) جميعه (أو) ب (أقل أو أكثر)
بنص القرآن والسنة واجماع الأمة ويفوز الزوج بكل ما افتدت
به ولا رجوع لها عليه بشئ منه (اذا لم يكن) الافتداء ناشئا (عن ضرر بها) غير
شرعى (فان كان مسببا عن ضرر) أوقعه (بها) فلا يفوز به (و) رجعت
عليه (بما أعطته) له (ولزمه الخلع) بعد اثباتها الضرر وقيدنا الضرر
بغير الشرعى للاحتراز عما لو ضربها على ترك الصلاة والغسل الواجب أو شتمته
فانه يخير في امساكها مع تأديبها أو يفارقها ولو بشئ يأخذ منها فانه يحل له
أخذه ولا ترجع به » (٢) .

والذى يعيننا من هذا النص أن الزوجة لها أن تفتدى نفسها بصدقتها أو
أقل أو أكثر ، وذلك من الضرر غير الشرعى . أما اذا كان الغداء مسببا عن
ضرر شرعى فانه يحل للزوج أخذه ولا ترجع به .

ولو سلمنا جدلا بأن الزوجة تضار بالتزوج عليها فانه على كل حال
مشروع ، لأن الزوج من حقه أن يعدد الى أربع نسوة بنص القرآن العزيز .

٥ - جاء في زاد المعاد قول ابن القيم : (اختلف في شرط الإقامة في بلد
الزوجة وشرط دار الزوجية وإن لا يتسرى عليها ولا يتزوج عليها ، فاجب
أحمد وغيره الوفاء به ، ومتى لم يف به فلها الفسخ عند أحمد) (٣) .

(١) سورة النساء آية رقم ٣ .

(٢) الفواكه الدوانى ج ٢ / ص ٨٦ طبع دار المعرفة بيروت .

(٣) زاد المعاد ج ٥ / ص ١٠٦ ، ١٠٧ .

ونحن لا نمنع اشتراط عدم التزوج باخرى والا كان للزوجه الفسخ ،
فهذا شرط معتبر عند فريق من الفقهاء ، وانما نمنع الا يكون هناك شرط ، ومع
هذا يجعل الزواج باخرى بمجرد حصوله سببا للتطبيق للضرر .

٦ - وفي شرح منتهى الارادات قوله : (وان شرطاً) أى الحكمان على
الزوجين (ما) أى شرطاً (لا ينافي نكاحاً) كاسكانها في محل كذا أو أن لا يتزوج
أو يتسرى عليها ونحوه (لزماً) الشرط . ولعلمهم نزلوا هذه الحالة منزلة ابتداء
العقد لحاجة الاصلاح ، والا فمحل المعتبر من الشروط صلب العقد
(والا) بأن شرطاً ما ينافي نكاحاً (فلا) يلزم وذلك (كترك قسم أو) ترك
(نفقة) أو وطء أو سفر الا باذنها ونحوه (ولن رضي) من الزوجين بشرط
ما ينافي نكاحاً (العود) أو الرجوع عن الرضا به لعدم لزومه (١) .

وظاهر من ذلك أن تجويز الحكمين الا يتزوج عليها انما هو من قبيل
الشروط التي لا تنافي النكاح وهي جائزة لدى الحنابلة ، وقد قال المؤلف :
ولعلمهم نزلوا هذه الحالة منزلة ابتداء العقد ، وأن ذلك لحاجة الاصلاح . ومن
ثم فليس الأمر داخلاً في الأضرار التي تعطى الزوجة الحق في طلب التطبيق
للضرر بل هو من قبيل الشروط التي لا تنافي النكاح ، وقد نقلنا عن زاد المعاد
أنفاً انه اختلف في شرط الا يتزوج عليها وان أحمد وغيره اوجبوا الوفاء به
ومتى لم يف به فلها الفسخ عند أحمد . وبحسنا قاصر على اعتبار التزوج
باخرى ، عند عدم وجود شرط به ، سبباً بذاته للتطبيق للضرر أم لا .

٣٣٥ - ثانياً : والذي يستخلص من نصوص المفسرين والفقهاء المذكورة

أن فعل الزوج لا يعتبر من قبيل الأضرار بالزوجة اضراراً يعطيها حق طلب
التطبيق منه للضرر اذا كان هذا الفعل من حقه أن يأتيه لأنه مشروع له ، وقد
مثلوا لذلك بالتسرى وبالزواج باخرى ، وكذلك بمباشرة الزوج حق تادييب
الزوجة للنشور اذا كان الزوج قد التزم في التادييب حدوده شرعاً .

(١) شرح منتهى الارادات ج / ٣ ص ١٠٦ .

وعبارات المفسرين والفقهاء صريحة في بيان ذلك وفي تعليقه . وعلى سبيل المثال قال البعض منهم : ان كان فعل الزوج حلالا مثل التزوج بامرأة أخرى أو التسرى بجارية عرفت المرأة ان ذلك مباح ونهت عن الشقاق فان قبلت والا كان نشوزا (عن تفسير الامام الرازي) .

وقال الخرشي انه ليس من الضرر منعها الحمام أو تأديبها على ترك الصلاة ، ولا التسرى ولا التزوج عليها ، ومن الضرر تجاوز حدود التأديب المشروع كضربها ضربا مؤلما .

وفي مواهب الجليل لم يعتبر من الاضرار تأديب الزوجة اذا التزمت حدوده اما اذا لم تلتزم هذه الحدود فانه يكون اضرارا بالزوجة ومن هذا الضرب المؤلم ، وقد قال ان من الاضرار منعها من زيارة والديها ، وكذلك الاذى وضرب أو اتصال شتم في غير حق .

وفي الفواكه الدواني بين الضرر الشرعى والضرر غير الشرعى في الخلع واحتترز بكون الضرر غير شرعى عما لو ضربها على ترك الصلاة والفصل الواجب أو شتمها له فانه يجيز امساكها مع تأديبها أو يفارقها ولو بشيء يأخذ منها فانه يحل له لأخذها ولا ترجع به .

وذكر في زاد المعاد أنه لو اشترط في العقد الا يتزوج عليها فان الشرط يلزم عند أحمد وغيره .

ومثل هذا ما ورد في الفواكه الدواني .

وخلاصة الموضوع ان القائلين بجواز الطلاق للضرر لم يجعلوا من الاضرار أن يباشر الزوج أمرا له فيه حق لأنه يأتي بما يحل له فلا يعقل ان يكون ذلك بذاته سببا لطلب الطلاق للضرر ، ومن الأمثلة للحلال والمشروع أن يتزوج الزوج على زوجته بزوجة أخرى أو قيام الزوج بتأديب زوجته على ما يعتبر من النشوز ، مادام قد التزم في هذا التأديب الحدود المشروعة ، أما اذا لم يلتزم هذه الحدود فانه يخرج من أن يكون من قبيل التأديب المشروع ، ومن ثم يدخل في أسباب طلب التطليق للضرر كالضرب المبرح .

٣٣٦ - ثالثاً : بقيت كلمة عن التعدد ومشروعيتها وهل يشكل مشكلة اجتماعية ، ومتى ثبت حله فانه لا يكون مبرراً لطلب التطبيق للضرر بذاته .

والأساس في هذا الباب قوله تعالى : « وإن خفتن ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا حاطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ، وذلك أدنى ألا تعولوا » (١) .

وجمهور المفسرين والفقهاء على أن هذه الآية تبيح تعدد الزوجات وتقتصره على أربع .

ويشترط لا باحة التعدد :

العدل بين الزوجات عند التعدد ، فان خاف الشخص الجور اذا عدد لزمه أن يقتصر على العدد الذي لا يكون فيه الخوف من الجور ، فان لم يكن ذلك الا في الاقتصار على واحدة لزم أن يقتصر عليها . والآية صريحة في ذلك فهي تقول : « فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة » لكن هل يوجد تعارض بين هذه الآية الكريمة وقوله تعالى : « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة » .

جمهور المفسرين على أن المقصود بالعدل في الآية الأولى هو العدل في القسم والتفقه ، فقد قال الامام القرطبي انها منعت من الزيادة التي تؤدي الى ترك العدل في القسم وحسن العشرة (٢) .

وقال الجصاص : ان العدل المطلوب في هذه الآية هو العدل الظاهر وهو القسم بين الزوجات والمساواة في الانفاق والمساواة في المعاملة الظاهرة . وليس هو العدل في المحبة الباطنة فان هذا امر غير مستطاع ، والله تعالى يقول : « لا يكلف الله نفساً الا وسعها » (٣) .

(١) سورة النساء آية رقم ٣ .

(٢) القرطبي ج / ٥ ص ٢٠ - ٢٢ - تفسير الجلالين ج / ١ ص ٧٠ وفيه أن المقصود هو خوف عدم العدل في التفقه والقسم .

(٣) الاحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة ص ٨٥ .

أما الآية الأخرى فالعدل المنصوص عليه فيها هو العدل في المحبة : قال الزمخشري : قيل معناه أن تعدلوا في المحبة . والنبي ﷺ كان يقسم بين نساءه فيعدل ويقول : « هذه قسمتي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما تملك ولا أملك » يعنى المحبة ، لأن عائشة رضي الله عنها كانت أحب اليه (١) .

والقرطبي يقول فيها أيضا : أن ذلك ميل الطبع في المحبة والجماع والحظ من القلب ، فالبشر بحكم الخلقة لا يملكون ميل قلوبهم الى بعض دون بعض . ولذلك فانه تعالى لم ينه عن الميل هنا لأنه خارج عن طاقة البشر . والذي نهى عنه هو كل الميل في قوله تعالى : « فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة » (٢) .

وبناء على ما تقدم يكون هناك عدل في المسائل المادية الظاهرة من مثل القسم بين الزوجات والنفقة ، فهذا كله مستطاع ويجب توافره فيمن يعدد الزوجات . وليس ذلك فقط بل أن الخوف من عدم توافره موجب لعلم التعدد .

أما العدل في ميل القلب والحب ومسائل العاطفة التي لا يستطيع البشر التحكم فيها فلا يمكن التكليف به لأنه لا يستطيع لخروجه عن الطاقة . وأقوى دليل على ذلك أن المصطفى ﷺ لم يقدر عليه ، وهو المؤيد بالعناية الالهية المتحلى بخلق القرآن .

وقد حث هذه الآية الكريمة على الاصلاح ورأب الصدع وأن يقترب كل من صاحبه لتسير السفينة . وإن لم يمكن هذا الاصلاح وكان الميل كله فإن الطلاق دواء لهذه الحالة ، والله تعالى واسع الفضل يعطى كلا من يحبه « وإن يتفرقا يغنى الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما » (٣) .

(١) الزمخشري جزء ١ / صفحة ١٤٣ .

(٢) القرطبي جزء ٥ / ص ٤٠٧ ، ٤٠٨ .

(٣) سور النساء آيه رقم ١٣٠ .

وبما قلنا يوفق بين الآيتين الكريمتين بما لا يدع مجالاً للشك لدى كل من يطلب الحقيقة . أما عدم التوفيق فليس من القرآن وليس من الإسلام ، وليس عليه أحد يعتد له برأى . والقرآن كله يفسر بعضه بعضاً ، والنبي ﷺ تولى البيان على ما قدمت ، وليس بعد بيانه بيان فهو صاحب السلطة في تبين القرآن بقوله تعالى : « وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم » (١) .

٣٢٧ - وقد قيل بشرط آخر للمتعدد هو كون من يريده قادراً على الاتفاق . وسند هذا القول آية « فان خفتهم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكتم ايما نكم ، ذلك أدنى ألا تعدلوا » فهناك من فسر عبارة : « ألا تعدلوا » بمعنى ألا تجوروا أو ألا تميلوا فيكون المعنى : ذلك أقرب الى عدم الجور (٢) .

وقال الزمخشري ان الامام الشافعي فسرهما : بألا يكتر عيالكم ، ووجهه : عال الرجل عياله يعولهم : كقولهم ما نهم يمونهم ، اذا أنفق عليهم ، لأن من كثر عياله لزمه أن يعولهم وفي ذلك ما يصعب عليه المحافظة على حدود الكسب وحدود الورع وكسب المال والرزق الطيب . وقد انحاز الزمخشري الى ما ذهب اليه الشافعي ، وقال ان كلامه حقيق أن يحمل على الصحة والسداد ، والا يظن به تحريف تعيلوا الى تعدلوا (٣) .

والقرطبي سلك مسلك الزمخشري أيضا فقال : ان تفسير الشافعي هذا قال به الكسائي أبو الحسن على بن حمزة : فالعرب تقول : عال يعول وأعال يعيل اي كثر عياله .

(١) سورة النحل آية رقم ١٦ .

(٢) معاني القرآن للفراء ج ١ / ص ٢٥٣ - ٢٥٥ - تفسير الجلالين ج ١ / ص ٧٠ - الزمخشري ج ١ / ص ٢٥٩ - ٢٦١ .

(٣) الزمخشري ج ١ / ص ٢٥٩ - ٢٦١ .

وقال الثعلبي المفسر : قال أستاذنا أبو القاسم بن حبيب : سألت أبا عمر
الدوري عن هذا وكان إماما في اللغة غير مدافع فقال : هي لغة حمير وأنشد :

وان الموت يأخذ كل حي بلاشك وان أمشي وعالا (١)

فعلى تفسير من قالوا ان معنى العبارة : ذلك أقرب الا تميلوا يكون شرط
التعدد الوحيد هو عدم خوف الجور .

وعلى تفسير الامام الشافعي يكون للتعدد شرط آخر هو ان يكون راغب
التعدد قادرا على الانفاق على زوجاته بعد التعدد وعلى ما يحتمل له من اولاد
كثيرين بسببه ، فضلا عن قيامه بالنفقة على من نجب عليه نفقته من اقرباله
بصفة كونه عضوا في أسرة .

وانى أميل الى هذا التفسير فالشافعي كان عليما بلغة العرب، عليما بمعانى
القرآن العظيم . وكلام العرب وأشعارهم يؤيد هذا التفسير فضلا عن ائمة
المفسرين . فتكون القدرة على الانفاق بالوجه السابق شرطا في التعدد يضاف
لشرط العدل .

**٣٢٨ - أثر تخلف هذين الشرطين : لا يمكن قضاء الحكم بفسخ عقد
الزواج بدعوى عدم تحقق أى من الشرطين المذكورين :**

فخوف الجور أمر نفسي لا يجرى عليه الاثبات القضائي فلا يمكن بالتبعية
أن تجرى عليه أحكام القضاء والقضاء لا يتغلغل في النيات الباطنة بل له الظاهر
ولعل اصدق دليل على ذلك قول الرسول ﷺ : « انكم تختصمون الى ولى
بعضكم أن يكون الحن بحجته من بعض فاقضي له على نحو ما اسمع » فمن قضيت
له من حق أخيه شيء فانما أقطع له قطعة من النار » ، وإذا كان هذا هو صنيع
الرسول ﷺ فأحرى بالقضاة أن يكونوا كذلك .

وفضلا عن ذلك فإن الجور أمر غير محقق يخاف الانسان الجور ان عدد الزوجات ، ومع ذلك لا يتحقق ظنه .

والذى يقال في خوف الجور يقال في عدم استطاعة الزوج الانفاق ، كما أن تعدد الزوجات قد يترتب عليه انخفاض في مستوى معيشة المعدد مع بقاء ما يكفي حاجياته فهنا لا يمكن أن نمنعه من التعدد لنوفر عليه العيش الهنيء لأن هذا قد يدفعه الى الزنى ، وقد يؤدي لمفاسد لاتحصى كثرة .

لكل ماتقدم فإن الفقه على أن شرطى التعدد ليسا من شروط الصحة فللزواج بدونها يقع صحيحا لكن من يعدد هنا يأثم وتلحقه العقوبة الأخروية . ولا يمكن التسليم بجعل التحقق من توافر الشرطين المذكورين من سلطة القضاء فهذا أمر لم تكن عليه الأمة الاسلامية من لدن النبي ﷺ حتى الآن ، لم يشذ عن ذلك أحد يعتد بكلامه . والاثبات هنا متعذر لتعلق الأمر بباطن النفس كما قلنا ، فاذا أضيف لذلك ضعف الوازع الدينى لدى الشهود ، وفي ضمير الناس مما يجعل مهمة القاضي صعبة ان لم تكن مستحيلة لارتاحات نفوسنا لما عليه اجماع المسلمين .

٣٣٩ - تقدير التعدد : فهم المسلمون مقاصد الشارع في التعدد

والتزموا في الأعم الأغلب حدوده ، وإن وجد من شذ عن ذلك فإن علاج هذا الأمر ليس بتدخل القضاء في أمور الأسرة تدخلا لا تؤمن عواقبه . بل يكون بنشر الوعي الدينى لدى جماهير المسلمين ، وتبصيرهم بمالهم وما عليهم حتى يسيروا في الطريق السوى .

ولا يمكن لمسلك قلة من الناس أن يغير النظام ، فليس في الدنيا خير مطلق ، وليس فيها شر مطلق ، وكل أمر خير إذا غلب جانب الخير فيه . وشر إذا غلب جانب الشر فيه .

أما هؤلاء الذين يهاجمون نظام التعدد في الاسلام متأثرين بمبادئ سائدة في بلاد غربية عنا في الدين والتقاليد وشتى ظروف الحياة ، وهؤلاء

- ٣٤١ -

الذين يدعون ان نظام تعدد الزوجات احدث مساكن اجتماعيه بل هو بذاته
مشكلة اجتماعية ، فانا نقول لهم : ياهؤلاء :

ايهما افضل : بعدد محدود على النظام الاسلامى بضان فيه العرض
والشرف ونحفظ فيه الأنساب ام تعدد بغير حد في علاقات غير سرعية يندى لها
الجبين ، وثمرتها أبناء غير شرعيين ليس لهم من والد ينسبون اليه ولا من يقوم
على شئونهم وتربيتهم .

٢ - وهذا الدين جاء للأحمر والأبيض والأسود والاصفر من الناس ،
وجاء دينا باقيا ليوم القيامة ، وختمت به جميع الرسالات . والناس على طبائع
شتى ، وهو يخاطب الجميع على اختلافهم في الطبائع ، فكان لابد من مخرج
لبعض الناس حتى لا تستبد بهم طبيعتهم فتلقى بهم في الهالك ، وتوقعهم في
الزنى .

٣ - والتعدد قد يكون علاجاً لحالات نقص الرجال فهم بطبيعتهم معرضون
للفناء أكثر من النساء ومن طرق فنائهم الحروب التي تعصف بالكثير منهم ، وأكبر
شاهد على ذلك ما كان في الحربين العالميتين الاخيرتين فقد نقص عدد الرجال
في بعض البلاد الأوروبية لدرجة كبيرة حتى ان الرجل صار يقابل فيها عدداً من
النسوة ، فالتعدد يعالج هذا الاختلال في الميزان بين الجنسين وبه تجد المرأة
من يعولها ويكثر النسل فيعوض ما أكلته الحروب .

٤ - والزوجة التي تقبل الزواج على أخرى ترى أن في هذا الأمر ما يدعو
الى قبولها من مصالح تفوق بقاءها بلا زوج .

أما بالنسبة للزوجة التي يحصل الزواج عليها فكثيرا ما يكون بها ما يدعو
لهذا الزواج من عقم أو مرض أو غير ذلك فخير لها ان تظل مع زوجها على التعدد
من ان تكون غير ذات زوج .

٥ - ويمكن لهذه الزوجة أن تشترط على زوجها حال الزواج بها ألا يتزوج
عليها فان فعل يكون لها حق فسخ النكاح لعدم الوفاء بالشروط . وهذا سائع
في مذهب الامام أحمد ، بل أن هذا المذهب خصب جدا في الشروط ، ويمكن

- الاقتباس منه في كثير من أحكامها مما يساعد على حل كثير من المشاكل .
ونصوصه مستفيضة في هذا المجال (١) .

وعى ان اشترطت مثل هذا الشرط وأخل به الزوج فان رضىت بالحل الجديدة فيها ونعمت ، وان لم ترض بها استعملت مقتضى الشرط فلها أن تطلب فسخ الزواج وبه تتحلل من هذه الرابطة . وان كان البعض يرى أن أعمال الشرط هنا في جميع الأحوال قد يضر بشرة الزوجية ، ويستحسن أن يكون مجال تطبيق مثل الشرط المذكور ألا يكون قد حصل دخول ، أو يكون قد حصل ولم ينتج أولاداً ، أما اذا نتجت ذرية بينهما فاعطاؤها الفسخ فيه جعل للحياة الزوجية تحت رحمتها ، وفي ذلك مافيه من مضار (٢) .

٣٣٣ - وان كانت لى كلمة أقولها فانى أهيب بمن بيدهم سن القوانين والانظمة أن يسارعوا الى الغاء جعل تعدد الزوجات سببا لطلب التطلاق فان الأمر في القانون ليس له ، فيما اعتقد ، من سند يرتكن اليه من شريعة الاسلام .

والاجدر بأولى الامر أن ينشروا الوعي الديني ويبصروا الناس بهالهم وما عليهم لكى يحسنوا استعمال حقوقهم ويكونوا أهلا لتحمل ماعليهم من ثبعات يدلا من فتح أبواب التقاضي في أمر التعدد ، فان في هذا من المضار مايفوق ما يحتمل منه من نفع للناس .

٣٣١ - وقد حكم بأن ضرر الزوج بزواجه أمر تقديرى يقدره القاضي بحسب مايرى من منزلة الزوجين وما يكون بين امثالهما تطبيقا للمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (٣) .

(١) الفروع ج / ٤ ص ٥٥ - محمد أبو زهرة من مقال بعنوان : اصلاح الأسرة ، وهو منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة / ٢٤ ص ١٠
(٢) الامام محمد أبو زهرة ، المقال السابق .
(٣) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣١/١٢/٥ المحاماة الشرعية س / ٣ ع / ٤ ص ٣٤٦ رقم ٨٥ .

وبأن دعوى امتناع الزوج عن الاتفاق في طلب التطليق للضرر لا تقبل وإنما ترفع طبقاً للقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

وهذا الحكم لم يعتبر التقاضي الكثير سبباً للتفريق لأن انتقاضي بينهما خاص بأمور الزوجية وكل يطلب حقه في رايه وطالب الحق ليس متعدياً .
والمحكمة لم تعتبر الامتناع عن دفع النفقة سبباً للتفريق مادام أنه ثبت أنه يدفع النفقة إذا حكم بحبسه فالحبس وسيلة من وسائل الحصول على النفقة (١) .

وبأن طلب التطليق للضرر بامتناع المدعى عليه عن دفع النفقة يندفع بتنازل الزوجة عن هذه النفقة لأنها به تكون متناقضة فلا تقبل دعواها (٢) .

وبأن للقاضي أن يطلق على الزوج المضار لزوجته ضرراً لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، وليس له ذلك إذا كان الضرر آتياً من الزوجة وهذا الحكم تطبيقاً للمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (٣) .

وبأن رفع الزوج دعاوى على زوجته وتهريبه أملاكه حتى لا تنفذ فيه حكم النفقة ورضاه بالحبس نظير متجدد النفقة مع ثبوت قدرته كل ذلك ليس من الضرر الذي يوجب التطليق عند مالك رحمه الله فيما أخذ به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

وبأن للزوج أن يضرب زوجته الضرب التأديبي الذي يؤدب أمثالها إذا نشزت منه لقوله تعالى : (واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واحبروهن

(١) محكمة المحلة الشرعية ١١/٣/١٩٣٠ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ٩ ص ٨١٧ رقم ٢١٢ .
(٢) محكمة الواسطى الشرعية ٢٦/١/١٩٣٠ المحاماة الشرعية س / ٨ ع / ٧ ص ٦٢٩ رقم ١٧٤ .
(٣) محكمة مغاغة الشرعية ١٠/٩/١٩٢٩ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ٤ ص ٣٢٦ رقم ٩٩ .

في المضاجع واضربوهن) ولا يعد هذا من باب الضرر المنصوص عليه في المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (١) .

وبأن للزوجة طلب التطليق للضرر طبقا للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وطلاق الزوج لزوجته ولو رجسيا مزيل للضرر وخصوصا اذا اقترن بما يدل على أنه لاينوى مراجعتها وحينئذ لا تجاب لطلب التطليق للضرر (١) .

وبأن الضرر الموجب للتفريق بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ خاص بالضرر الناشئ من الشقاق والتنافر بين الزوجين الملازم غير القابل للزوال الذى في قدرة الزوج انزاله بالزوجة وفي قدرة الحكمين معالجته وليس منه قصر الزوج عن درجة البلوغ الشرعى وعدم امكان اتيان الزوجة لأن القصر عارض لايلبث أن يزول متى صار الزوج مكلفا . وأن الزوج يجب عليه قضاء أن يواقع زوجته مرة واحدة في مدة الزوجية وليس لهذه المرة زمن معين فقد تكون في أول الزوجية أو في آخرها أو بين ذلك . وأن المرأة اذا تزوجت بمن لايقدر على اتيان النساء وكانت عالمة بحقيقة حاله وقت عقد النكاح تكون بذلك اسقطت حقها في تلك الوطاة الواجبة . وأن القاصر المراهق اذا ادعى الوصول الى زوجته الشيب صلق يمينه . ولا مانع من أن يصل المراهق الى زوجته لأن أعضاء التناسل تكون في هذه السن ذاعبة دائما الى نوحها ويحصل النشاط التناسلى من حين الى آخر بسبب تهيج الدم خصوصا اذا لاقت اللامسات التى توقظ فيها الاحساس من غفلته . وبأن الصبى المراهق خلوته صحيحة وتجب بها العدة . والصبى المميز المأذون بالخصومة يمينه جائزة فاذا حدث ثم ادرك فلا يمين عليه كالنصرانى اذا حلف ثم أسلم . وادعاء الصبى المميز الوصول الى زوجته يحلف عليه لانه وان كان مدعيا للوصول صورة الا أنه ينكر استحقاق حق الفرقة . وقد استند الحكم على ج / ٢ من الدر المختار ورد المختار صفحة ٣٤٧ في القول

-
- (١) محكمة دمياط الشرعية ١٩٢٩/٧/٢٣ المحاماة الشرعية س / ١ ع ٧ / ص ٦٢٤ رقم ١٧١ وقد تأيد استئنافيا .
(٢) محكمة كرموز الشرعية ١٩٣٠/٣/٣٠ المحاماة الشرعية س / ١ ع ٩ / ص ٩٢٠ رقم ٢١٤ .

ان اعصى اذا بلغ سن الثانية عشرة كان مراهما وخلونه صحبه ونجب بها
العدة (١) .

وبان الزوجة لا تجاب لطلبها تطليقا من زوجها للضرر ربما وصفه به اذا
كانا من بيعة واحدة وقد سبق لها الرضا بعشرته مع اتصافه بما جعلته سببا
لطلبها (٢) .

وبان الهجر في المضجع مدة لا تحتملها الزوجة يبيح التطليق للضرر وان
المناف في التطليق بسبب الضرر وقوع ذلك الضرر ولا دخل لكونه باختيار
الزوج أو قهرا عنه ولا يمنع من التطليق توقع زوال الضرر مادام الضرر قد وقع
فعلا (٣) .

وبان ظهور تلفيق دعوى التطليق لا يمنع (عند تكرار الشكوى) من تعيين
الحكمين كما نصت عليه المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (٤) .

وبأنه اذا اطلق النص في التشريع وجب الرجوع الى المأخذ وبان الضرر
الذى نص عليه في المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يشمل
أحوالا عدة منها سوء الخلق وهجر الفراش وبان الصغيرة اذا بلغت ولم تختار
نفسها بالبلوغ يسقط حقها في طلب التطليق للضرر .

(١) محكمة العياط الشرعية ١٩٣٠/١/٦ المحاماة الشرعية س / ١ ع
٦ / ص ٥٢٨ رقم ١٥٠ .

(٢) محكمة أسبوط الابتدائية الشرعية ١٩٣٢/٧/٧ المحاماة الشرعية
س / ٤ رقم ٩٧ ص ٣١٤ . وفي هذه القضية ادعت الزوجة سوء سلوك الزوج
وإدمانه الخمور ولعب الميسر وارتكاب المنكرات مما يدل على عدم أمانته
واتصافه بما لا يمكن معه دوام العشرة .

(٣) محكمة شبين القناطر الشرعية ١٩٣٢/١٠/٨ المحاماة الشرعية س /
٤ ص ٣٢٨ رقم ١٠٥ . وهذه القضية تطبق للمواد ١٢ ، ١٣ ، ١٤ من
القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٢٩ .

(٤) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٢/٤/٦ المحاماة الشرعية س / ٤ ص
٦٢٧ رقم ٢٠١ .

ومما جاء في هذا الحكم ان المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ نصت على كلمة **الضرر** والشارع لم يقصد مطلق الضرر بل قصد الضرر الناتج من الشقاق بين الزوجين لسوء الخلق وما شاكله والمادة لم تبين قوع الضرر الموجب للتفريق فوجب الرجوع الى ماخذ المادة وهو مذهب الامام مالك وبه يتضح ان فروع التطبيق للضرر تكاد تجمع على ان الأصل فيها هو شكاية المرأة من هجر فراشها وعدم وقاعها . وقد جاء في باب الايلاء من كتاب الشرح الكبير ما نصه : (واجتهد) الحاكم بلا ضرب أجل ايلاء وطلق على الزوج في حلفه لأعزلن عنها بأن يمتن خارج الفرج . أو حلفه لا أبيت عندها لما فيه من الضرر والوحشة عليها بخلاف لا أبيت معها في فراش مع بيئاته معها في بيته ، أو يترك الوطء ضررا فيطلق عليه للاجتهاد ان كان حاضرا بل (وان كان غائبا) ولا مفهوم لقوله **ضررا** بل اذا تضررت من ترك الوطء طلق عليها بالاجتهاد ولو لم يقصد **الضرر** يدل عليه قوله (أو سرق) أى دوام العيادة ورفعته فيقال له اما أن تطأها أو تطلقها أو يطلق عليك (بلا ضرب أجل للايلاء على الأصح في الفروع الأربعة) اهـ .

وجاء في الحاشية (ومعنى الاجتهاد في الطلاق عليه ان يجتهد في أن يطلق عليه فوراً بدون أجل أو يضرب له أجلاً واجتهد في فوره من كونه دون أجل الايلاء أو فوره أو أكثر منه) اهـ .

فما تقدم وغيره في كتب المالكية كثير وشائع تبين أن الضرر عنده ، وهو ماخذ المادة ، ليس خاصا بالشقاق بين الزوجين لسوء الخلق بل كما يكون به يكون بغيره وهو الأغلب الذى يرجع سببه الى ترك الوطء الى آخره (١) .

وبانه لا تعد مطالبة الزوج لزوجته بالدخول في طاعته ولا الامتناع عن أداء

(١) محكمة جرجا الشرعية ١٣/٧/١٩٣١ انقضاء الشرعية س / ٥ ع / ٣ ، ٤ ص ٣٥٤ رقم ١٠٤ ، وقد تأيد استئنافيا .

السدق ضرارا مسوغا للتفريق ، بأن الهجر ضرارا كما يكون بعد الدخول يكون قبله وبذا يصلح مسوغا لطلب التفريق (١) .

ومما جاء في هذا الحكم: الهجر ضرارا كما يكون بعد الدخول يكون قبله ويجب أن يلاحظ أن ثمة فارقا بين ضرار الهجر وضرار الشقاق وأن الأخير إذا كان لا يتصور وقوعه بدون معاشرة فإن ضرار الهجر متصور الوقوع قبل وبعد الدخول وامسك الزوجة منهى عنه (ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا) .

وبأن من الضرر الذي يوجب الطلاق أن يعمد الزوج الى غير مكان الحرث والنسل من زوجته أو يتسبب في اصابتها بمرض الزهري أو يشتتها أو يسبها أو يولى وجهه عنها في الفراش أو يقطع كلامه عنها ويهجر فراشها مدة طويلة بدون عذر أو يؤثر امرأة عليها أو يرتكب منكرا يتعدى اثره اليها بحيث ينال من شرفها وكرامة أسرتها كأن يتناول الحشيش والمخدرات والمسكرات جهارا مع جماعة من الفساق بينهم غلامان ويحكم عليه بالحبس من أجل ذلك (٢) .

وبأن المناط في الضرر الذي يجوز للزوجة أن تطلب التطلق من أجله هو لحوق الأذى بها من زوجها سواء في بدنها أو عرضها ، ففسق الزوج لا يوجب تطلق زوجته ما لم يتعد أثره اليها .

وفى هذا الحكم ادعت الزوجة أن زوجها يشرب الخمر والمحكمة تعرضت لبحث الفسق وأثره في طلب الطلاق ، فقالت ان النصوص في مذهب الامام مالك وهو الذي أخذت منه المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ ، صريحة في أن فسق الزوج لا يوجب التطلق مادام أثره لا يتعداه الى زوجته ،

(١) محكمة المحلة الكبرى الشرعية المحاماة الشرعية ١٩٣٥/١/٢٢ س / ٦ ع / ٣ ، ٤ ، ٥ ص ٤٤٦ رقم ١٣٤ وصار نهائيا .

(٢) محكمة كرموز الشرعية في ١٩٣٤/٦/٣٠ المحاماة الشرعية س / ٦ ع ٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧٩٦ رقم ٢٢٦ . وقد تأيد في الاستئناف .

ففي حاشية الشيخ حجازي على مجموع الامير ص ٤٧٦ ج ١ / ، بيانا لقول
الامير : ولها التطليق بثبوت الضرر ما يأتي : قوله بثبوت الضرر الخ ٠٠٠ أي
بقطع كلامه عنها أو تولية وجهه عنها في الفراش ، لامنح حمام أو نزاهات
أو تأديبها على الصلاة أو سكر أو تزوج عليها أه .

وفي الرهوني ص ٢٥٠ ج ٣ / مانصه : (سئل ابن زرب في صفر سنة
٣٧٧ هـ . عن ولية لقوم نكحها رجل طارىء من أهل الشر والفساد فأنكر ذلك
عليها أولياؤها وذهبوا الى فسخ النكاح ، وقد كان بنى بها . قال : فلا سبيل
الى حل النكاح ان كان قد دخل بها . قيل له : فلو لم يدخل ، فتوقف . قال :
للنكاح لا أشك فيه أنه اذا دخل لم يفسخ النكاح . ثم قال :
والعمل على هذا القول (فسخ النكاح بالفسق) في هذه الأزمنة صعب ،
ويؤدى الى فسخ أكثر الانكحة . وقد أشار ابن بشير الى هذا فقال : وقد كان
بعض اشياخى يهرب من الفتوى بهذا ، ويرى أنه يؤدى الى فسخ كثير من الانكحة
الخ ٠٠٠٠ فالناتج اذن فى الضرر الذى يجوز للزوجة أن تطلب الطلاق
بسببه هو أذى يصيبها في بدنها أو عرضها ، فليس فسق الزوج بناء على ما
تقدم موجبا للطلاق ما لم يتعد أثره لزوجته (١) .

وحكم بأنه لا يجاب طلب الزوجة تطليقها للضرر بحبس زوجها الا اذا
كان مثلها يتضرر بذلك ولم تكن متععدة بالاستمرار في عصيته في حالة الحكم
بالحبس ولا راضية بذلك .

ومما جاء فى اسباب هذا الحكم ان المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة
١٩٢٩ مستمدة من الشريعة الاسلامية وكذلك باقى مواده فاذا اريد تطبيق
مادة منه يجب الرجوع الى مأخذها الذى أخذت منه وهو مذهب مالك :

(١) محكمة كرموز الشريعة ع ١٩٣٤/٥/٣١ المحاماة الشرعية س / ٦ ع
٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧٨٧ رقم ٢٢٢ . وقد تأيد فى الاستئناف .

فمن الهجر : نقل العلامة الرهونى في حاشيته على الزرقانى على متن خليل من باب الايلاء : أن تركه الوطء لا يعتبر ضررا تطلق من أجله المرأة الا اذا كان متعمدا ومن غير عذر . واستشهد على ذلك بقول الامام مالك في « المدونة » حيث قال : (ومن ترك وطء زوجته بغير عذر ولا ايلاء لم يترك فاما وطء أو طلق) . كما نقل عن صاحب المنتقى مانصه : (ولو ترك الرجل وطء امرأته من غير يمين على وجه الضرر . قال القاضي أبو محمد ، وقد عرف ذلك منه وطالت المدة فان حكمه حكم المولى . وقال مالك : ولا يترك ان لم يكن له عذر حتى يطا أو يفرق بينهما) ونقل عن ابن العربي في أحكامه ما نصه : (قال علماؤنا : اذا امتنع عن الوطء قصد الاضرار من غير عذر مرض أو رضاع ان لم يحلف كان حكمه حكم المولى وترفعه الى الحاكم ان شئت) .

فهذه النصوص صريحة في أنه لا يعتبر الزوج مضارا لزوجته في الهجر في المضجع الا اذا كان ذلك مقصودا ومن غير عذر .

وفي القضية كان الهجر في المضجع للحبس الذى مدته اقل من ثلاث سنوات فاعتبر الحكم الهجر هنا قهرا عن الزوج فلا يؤخذ عدالة (١) .

وحكم بأن : ١ - العنة من العيوب الشرعية التى تجعل للزوجة حق طلب التفريق .

٢ - والقول للزوج في أدعاء اللقاء اذا ثبت من كشف الأمانة أن الزوجة ثيب .

٣ - وتوجيه اليمين انما يكون حالة انكار الزوجة لقاء الزوج بها .
واذا وصل الزوج زوجته ولو مرة في حياته زال عنه وصف العنة ولم يبق لزواجه حق في طلب التفريق بينها وبينه بسبب هذا الوصف (٢) .

(١) محكمة السيدة الشرعية في ٢٨/٧/١٩٣٤ المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧٩٩ رقم ٢٢٧ .
(٢) محكمة الأقصر الشرعية في ٢١/١٢/١٩٣٣ المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ١ ، ٢ ص ١٧١ رقم ٥١ . والحكم لم يستأنف فصار نهائيا .

ومما جاء في أسباب هذا الحكم ان الفقهاء نصوا على أنه اذا قالت وجدته عنيئا وانكر ذلك وادعى وطأها وكان قد تزوجها بكرا وثبت من كشف الأمانة عليها أنها ثيب فالقول له بيمينه ، وكذلك الحال فيما لو وجدت ثيبا وزعمت زوال البكارة باصبعه لأن الظاهر زوالها بالوطء لا بسبب غيره .

وقال الحكم أيضا ان التشريع الجديد لم يتعرض بشيء جديد لطلب الحكم بالتفريق بالطلاق بسبب العنة بل أبقى الحكم فيه لمذهب الامام أبي حنيفة والنص صريح في أن الزوج اذا وطئ زوجته ولو مرة واحدة زال عنه وصف العنة ولم يبق لزوجه من حق في طلب التفريق بينها وبينه بسببها .

وحكم بأن هجر الزوج زوجته سنة فأكثر وتركه اياها في بلده بدون أن يحضر لها فيها مرة واحدة مما لا تحتمله الزوجة عادة موجب لتطليقها عليه . ولا يمنع من ذلك ادعاؤه الانفاق عليها أو أن غيابها كان للسعى وراء الرزق (١) .

وبأن المراد من المادة السادسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو المعاشرة الصالحة التي تنتج نسلا صالحا . فاذا أكره الزوج زوجته على الدعارة السرية ، وتابته توبة نصوحا ، وطلبت طلاقها من الزوج حتى لا يردها عن توبتها بما له من هيمنة عليها . أجيبته الى طلبها لأن المعاشرة التي بينهما على خلاف الشرع ، وعلى نقيض المادة المذكورة (٢) .

وبأنه يقضي بالتفريق بين الزوجين كنص المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ متى ثبت اضرار الزوج لزوجه بما لا يمكن معه دوام العشرة الصالحة ، المفضية الى نسل صالح (٣) .

-
- (١) محكمة الدر الشرعية في ١٩٣٨/٣/٢٦ المحاماة الشرعية س / ١٠ ع / ٢ ص ١٧٨ رقم ٤٨ .
- (٢) محكمة السيدة الشرعية في ١٩٣٨/٣/٢٦ المحاماة الشرعية س / ١٠ ع / ١٠ ص ٩٢٥ رقم ٢٠٧ .
- (٣) محكمة الضواحي الشرعية في ١٩٣٩/٣/٦ المحاماة الشرعية س / ١٠ ع / ١٠ ص ٩٢٤ رقم ٢٠٧ .

وبأن عجز الزوج فراش زوجته من الأضرار الموجبة للتفريق .

ومما جاء في هذا الحكم قوله : (جاء في المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ما يأتي : « ووضح ان المراد بغيبة الزوج هنا غيبته عنها بالاقامة في بلد آخر غير بلد الزوجة . اما الغيبة عن بيت الزوجية مع الاقامة في بلد واحد فهي من الأحوال التي يتناولها التطليق للضرر » وجاء بها كذلك « ومقام الزوجة على هذا الحال زمنا طويلا مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تحتمله الطبيعة في الأعم الأغلب (١) » .

وحكم بأن الزوجة لا تجاب لطلب التفريق للضرر :

لضرب الزوج لها واهانتها اياها لمعاشرته اياها بعد ما يدل على ان ما حصل لها من الضرب والاهانة مما يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما لأن هذه قرينة على ذلك (٢) .

وأنة لا يصلح استمرار الحوادث الجنائية بين أفراد اسرتي الزوجين سببا في التفريق للضرر سيما اذا سبق تلك الحوادث صدور حكم بالنشوز على الزوجة وكانت قد اعترفت بأنها لم تعاشر زوجها بعد الحكم بالنشوز (٣) .

٣٣٢ - وفي الحكمين حكم :

بأن القاضي يعين حكمين عند تكرار طلب التفريق للضرر ويحكم به متى قرر الحكمان أن الضرر من قبل الزوج .

وهذا الحكم طبق المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . وقد قرر الحكمان في القضية في تقرير قلماء أن الاساءة من جانب الزوج ولم يتيسر لهما الاصلاح بينهما بوجه من الوجوه (٤) .

-
- (١) محكمة جرجا الشرعية في ١٥/٧/١٩٣٣ المحاماة الشرعية س / ٥ ع / ٥ ، ٦ ص ٥٧٨ رقم ١٥٩ وقد تأيد في الاستئناف .
- (٢) محكمة الواسطى الشرعية في ٢/١٢/١٩٣٤ المحاماة الشرعية س / ٧ ع / ١ ، ٢ ، ٣ ص ٢٠٢ رقم ٤٨ وقد تأيد في الاستئناف .
- (٣) محكمة مفاغة الشرعية في ١٠/٨/١٩٣٥ المحاماة الشرعية س / ٧ ع / ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٤٩٤ رقم ١٣٣ وقد تأيد في الاستئناف .
- (٤) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٢/١٢/١٩٣٤ المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ٣ ، ٤ ، ٥ ص ٣٩١ رقم ١٠٨ .

وحكم بأنه يشترط لجواز تعيين الحكّمين في دعوى التطليق للضرر سبق
رفض مثلها مرتين فأكثر للمعجز عن الاثبات لا لسبب غيره (١) .

وبأن اختلاف تقارير الحكّمين في سبب النزاع بين الزوجين وعدم إمكان
التوفيق بينهما الدال على جهالة حال الزوجين يقتضي اجابة طلب الزوجة التفريق
للضرر (٢) .

(١) محكمة اطسا الشرعية في ٢٧ / ٦ / ١٩٣٧ المحاماة الشرعية س / أ
ع / ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ص ٢٩٩ رقم ٦٨ .

(٢) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ٢١ / ٥ / ١٨٣٥ المحاماة الشرعية
س / ٧ ع / ١ ، ٢ ، ٣ ص ١٩٠ رقم ٥٢ .

- ٣٥٣ -

المبحث الرابع

التفريق للغياب

٣٣٣ - هذا النوع من التفريق يدخل في باب التفريق للضرر لان الزوجة تتضرر من غياب الزوج عنها .

٣٣٤ - وهو مقرر في جمهورية مصر العربية طبقا للمادتين ١٢ ، ١٣ من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ .

وتنص المادة ١٢ المذكورة على انه : « اذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته ان تطلب الى القاضي تطليقها بانئا اذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه » .

وتنص المادة ١٣ على انه : « اذا امكن وصول الرسائل الى الغائب ضرب له اجلا واعذر اليه بان يطلقها عليه ان لم يحضر للاقامة معها او ينقلها اليه فاذا انقضى الاجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما بتطبيقه بئنة وان لم يمكن وصول الرسائل الى الغائب طلقها القاضي عليه بلا اعذار وضرب اجل » .

والذى يؤخذ من هاتين المادتين انه يشترط في الغياب الذى يكون التفريق بسببه ان تمضي سنة تتضرر فيها الزوجة وبعدها يمكنها طلب التفريق للغياب ولو كان الزوج قد ترك لها ما تنفق منه فان طلبت التفريق وكان الزوج مجهول المكان أو في مكان لا يمكن وصول الرسائل اليه فيه فان القاضي منى ثبت لديه الغياب ومضت السنة يطلق في الحال .

اما اذا كان معلوم المكان ويمكن وصول الرسائل اليه فان القاضي يرسل اليه بان يحضر لزوجته أو يضمها اليه ويضرب له اجلا ويبين له انه اذا لم يفعل واحدا من هذين خلال الاجل المضروب فانه يطلقها عليه . فان مضى هذا

(م ٢٣ - الأحوال الشخصية)

الاجل ولم يحضر الزوج لزوجته أو يضمها اليه فان القاضي يطلقها عليه والطلاق هنا بائن .

ويجب في الغياب لكي يكون سببا في التفريق الا يكون لعذر مقبول وان يكون في بلد آخر غير البلد الذي تقيم فيه الزوجة فان كان في نفس البلد فانه لا يكون غيابا فلا يكون سببا في طلب التفريق للغياب وان امكن كونه سببا للتفريق للضرر لانه هجر قصد به الاذى والضرر .

والتفريق للغياب مأخوذ من مذهب مالك وأحمد .

٣٣٥ - وفي لبنان نصت المادة ١٢٧ من قانون حقوق العائلة على انه : « اذا ترك رجل مالا من جنس النفقة وتغيب وراجعت زوجته الحاكم وطلبت التفريق فالحاكم يجرى التحقيقات اللازمة بحق الرجل المذكور فاذا حصل يأس من اخذ خبر بمحله وحياته أو مماته يؤجل ذلك اربع سنوات اعتبارا من تاريخ اليأس ، واذا لم يمكن اخذ خبر بطرف هذه المدة واصرت الزوجة على طلبها يفرق بينهما الحاكم . واذا كانت غيبة الزوج في المحاربة فالحاكم يحكم بالتفريق بعد مرور سنة من عودة الطرفين المتحاربين واسرائتهما لمحلتهما وعلى كلا الحالتين فالزوجة تعتد بعدة الوفاة اعتبارا من تاريخ الحكم » .

وقالت المادة ١٢٨ : « اذا حكم بتفريق امرأة بموجب المواد السابقة وتزوجت بآخر تم طهر الزوج الاول فظهوره لا يوجب فسخ النكاح الاخير » .

٣٣٦ - وعند الشيعة لا تكفى الغيبة وحدها للتفريق فاذا كان لزوج الغائب مال يمكن ان تنفق منه أو وجد متبرع من قبل الزوج بالانفاق عليها فان القاضي لا يفرق بينهما بسبب الغياب سواء اعرف مكان وجود الزوج أم لم يعرف هذا المكان . وهذا الحكم مأخوذ من المادة ١٣٩ من الفصول الشرعية .

المبحث الخامس

التفريق للحبس

٣٣٧ - نصت المادة ١٤ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ المطبق في جمهورية مصر العربية على انه : « لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فاكثر ان تطلب من القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه » .

٣٣٨ - وهذا النص وإن لم يكن له نظير في لبنان فإن المحاكم السننية تحكم بالتفريق اذا حكم على الزوج بالحبس ثلاث سنوات ما دام الزوج طلبة التفريق بعد مرور سنة من ابتداء التنفيذ بالحكم على الزوج .

وعند الشيعة ليست الغيبة بذاتها سببا في الطلاق .

الفصل الرابع

العدة (١)

المبحث الأول

٣٣٩ - تعرف العدة في اصطلاح الفقهاء بانها اجل ضربه الشارع لانقضاء ما بقى من آثار النكاح ، فاذا حصلت الفرقة بين الزوج وزوجته فان هذه الفرقة لا تفصم عروة الزوجية من جميع الوجوه بمجرد حصول الفرقة بل تنتظر المرأة فلا تتزوج زوجا غيره حتى ينتهى الاجل الذى حدده الشارع .

٣٤٠ - والعدة شرعت للاحداد على الزوج السابق ولاستبراء الرحم والتأكد من ذلك حتى اذا اقدمت على الزواج بعد العدة يكون فراغ الرحم مؤكدا . وفوق ذلك فالاصل ان يكون الطلاق رجعيا فلا بد من وجود فرصة لدى الزوج يراجع فيها زوجته وهذه الفرصة هى مدة العدة .

والعدة تجب بالمتاركة في العقد الفاسد والوطء بشبهة لكن سببها هنا الدخول فلا تثبت الا به . وهى تبتدىء من وقت المتاركة في العقد الفاسد أو من وقت الموت . واما في الوطء بشبهة فهى تبتدىء من تاريخ آخر دخول بالمرأة .

(١) لأهل الذمة احكام خاصة بالطلاق والعدة . وقد بين بعضا منها احكام قضائية ، وقد رأيت ايراد بعضها تحصيليا للفائدة : فقد حكم بأن أهل الذمة يتركون وما يدينون ، فاذا كان لاطلاق عندهم الا بمعرفة رئيسهم الديني فلا يعتبر طلاق المطلق منهم زوجته مطلقا . وتكون دعوى المطلق منهم ابطال فرض نفقة زوجته برغم أنها بانء منه لا الى عدة دعوى كيدية والدعوى الكيدية يجب رفضها . ومما جاء في هذا الحكم :

والعدة في الوطء بشبهة وفي الزواج الفاسد تكون ثلاث حيضات ان كانت المرأة من ذوات الحيض والا فثلاثة اشهر وعذا كله ان لم تكن حاملا .
فان كانت حاملا فعدتها بوضع الحمل . فلا فرق في تقدير العدة ونوعها اذا كانت الفرقة بينهما بالمتاركة او الموت بل هي واحدة في كل الاحوال فليس في العقد الفاسد نوع خاص بالوفاة .

وهذا الامر واضح من المادة ١٤٢ من قانون حقوق العائلة التي نقول ان احكام المواد السابقة جارية ايضا في المرأة المقاربة بنكاح فاسد والاحكام المنوّه عنها هي مدة العدة ثلاث حيضات لمن تحيض وثلاثة اشهر بالنسبة لمن لم تر الحيض أو كانت آيسة من الحيض .

= ١ - الخصمان مسيحيان ارثوذكسيان تزوجا حسب ديانتهما ، وهذه الطائفة أهل ذمة .

٢ - أئمة الحنفية اختلفوا في وجود العدة على مطلقة الذمة . قال الصحابان : تجب عليها العدة لان أهل الذمة التزموا احكامنا بعقد الذمة ووافقها الامام في المطلقة الحامل فأوجب عليها العدة حتى تضع حملها لان الغراش قائم واذا لم تجب عليها العدة جاز زواجها وبزواجها يشتبه نسب الولد فيجب العدة حفظا لحق الولد . وخالفهما فيما اذا لم تكن حاملا فقال : اذا كان في ديانتهما ألا عدة عليها لا تكون عليها عدة لأن العدة فيها معنى العبادة والقربة ولا يمكن ايجابها حقا للزوج لأنه لا يعتقد بها ، ولا حقا لله لأنهم غير مخاطبين بما هو عبادة أو قربة وقد أمرنا بتركهم وما يدينون . والراحح في المذهب قول الامام ، وعليه متون الفقه (الدر وابن عابدين ج ٢ / ٢ من باب نكاح الكافر وأواخر باب العدة بالجزء الثالث . والبدائع في فصل كل نكاح جائز بين المسلمين فيو جائز بين أهل الذمة من الجزء الثاني ، وفصل : وأما الذي هو من التوابع بالجزء الثالث) .

٣ - يلزم بحث اذا كان الطلاق الصادر من المستأنف طلاقا صحيحا نيين به زوجته لا الى عدة أو طلاقا لغوا لا يترتب عليه أى أثر من الآثار . الفقهاء لم يذكروا صريحا ما المراد من طلاق الذمة : هل هو الطلاق المعول عليه في دينه ومعتقده او هو الطلاق المعروف في الشريعة الاسلامية . الا أنه بناء على أصل الصحابين من أنه بعقد الذمة قد التزم بأحكام الاسلام يجب أن يحمل الطلاق على الطلاق المعروف في الشريعة الاسلامية . وبناء على أصل الامام من أن =

=الذمين غير مخاطبين بحقوق الله، وأنا أمرنا بتركيم وما يدينون يجب أن يحمل الطلاق على الطلاق المعروف عندهم في دينهم لأن الامام اذا كان يقول بعدم العدة على المطلقة (اذا كانوا يعتقدون أن لا عدة بعد الطلاق) لأنه لا يمكن ايجابها لحق الرجل لعدم اعتقاده بها ولا لحق الله لأنهم غير مخاطبين بحقوق الله وجب أن يكون المراد من الطلاق عنده الطلاق الذي يدينون به ويعتقدونه لأنه هو الذي ليس في ديانتهم ولا يعتقدون أنه طلاق فهو عندهم لغو لا يعتقدون بعده بعدة ولا عدم عدة . ويؤيد هذا أن الامام جعل الاحكام المتعلقة بهم في باب النكاح والزواج مبنية على ما يعتقدونه ويدينون به كما في المبسوط والفتح والبدائع ومعتبرات كتب المذهب . وبمراجعة أقوال علماء الدين المسيحي وكتبهم علم أن الأصل في هذه الديانة عدم الطلاق الا لعدة الزنى . ولكن ليس للرجل مطلقا أن يطلق امراته بمحض اختياره لأن الطلاق للكنيسة التي يمثلها الرئيس الدينى الروحى . ثم استنبط علماءهم من نصوص كتبهم المقدسة قواعد تجيز الطلاق في ظروف أخرى غير الزنا ولكن لا يجوز في جميع الأحوال أن يحصل الطلاق الا بمعرفة الرئيس الدينى الروحى . واذا طلق الرجل امراته كان طلاقه لاغيا . وبمجرد حصول الطلاق من الرئيس الدينى تبين المرأة من زوجها ولا عدة عليها ، ويحل لها أن تتزوج غيره الا اذا كان الطلاق لعدة الزنا . وهذا في غير الحامل . أما الحامل فتعتد حتى تضع حملها (كتاب الأحوال الشخصية للطوائف الأرثوذكسية في المسائل المتعلقة بالطلاق . ومباحث الطلاق وما يترتب عليه بالمجموع الصفوى لابن العسال في قوانين الكنيسة وكتاب العهد الجديد) .

٤ - الطلاق الذى حصل من الزوج ليس له أى أثر لأنه لا يعتقده ولا يدين به ، فلا تترتب عليه عدة لانتهاء الاعتقاد بذلك حسب دينهم .

(محكمة بنى سويف الابتدائية الشرعية في ١٦/١١/١٩٢٦ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ٤ ص ٣٠٣ رقم ٨٧) .

والمحكمة بهذا الحكم أيدت الحكم المستأنف برفض دعوى الطلاق الذى يدعيه الزوج وقد كانت الدعوى بطلب ابطال حكم نفقتها والمحكمة الجزئية رفضت الدعوى .

وقد حكم لذلك : بأننا أمرنا بترك أهل الذمة وما يدينون وأنه لا طلاق للذمين ماداموا لا يدينون به .

ومما جاء في هذا الحكم قوله : اذا صح قبول طلاق الذمين أمام المحاكم الشرعية فالعدة من لوازمه للمطلقة الذمية ، ويجب لها النفقة .

وانه اذا امتنع فرض النفقة للذمية المطلقة التى لا ييجز دينها الطلاق =

اما العدة في العقد الصحيح فهي تجب بالفرقة بعد الدخول او الخلوة ان كانت الفرقة بغير الوفاة . اما اذا كانت بالوفاة فانها تجب بنفس العقد وبالوفاة ولذلك تجب هنا سواء حصل دخول ام لم يحصل لانها تجب هنا حداذا على الزوج السابق . ولا تجب في الفرقة قبل حصول الدخول أو الخلوة اى عدة لقوله تعالى : « يا ايها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » .

وعنى تبتدىء في العقد الصحيح من وقت الفرقة بالطلاق او غيره . ولكن ان كانت الفرقة هي الطلاق وكانت الزوجة لا تعلم بتوقيعه تم اقرار بحصوله وصدقته الزوجة فان العدة هنا لا تبتدىء من التاريخ الذى ذكر الزوج ان الطلاق وقع فيه بل تبتدىء من تاريخ اقراره بحصول الطلاق لان الاقرار حجة قاصرة على المقر لا ينعدها الى غيره والعدة حق للشارع فلا يسرى اقراره بالنسبة لها .

لكن يلاحظ ما نص عليه في المادة ١٣٥ من قانون حقوق العائلة من ان مبدأ العدة وقوع الطلاق أو الفسخ أو وفاة الزوج ولو لم تطلع الزوجة على ذلك .

وظاهر من المادة ١٣٩ من القانون المذكور ان العدة لا تكون الا بعد الاجتماع . وكذلك الشأن في المادة ١٤١ . وايضا في ١٤٢ في النكاح الفاسد .

وفد قالت المادة ١٤٦ ان العدة لا تلزم اذا وقع الطلاق أو الفسخ قبل الاجتماع والمقاربة في النكاح الصحيح أو الفاسد .

اما المادة ١٤٣ فهي لم تستلزم في عدة المتوفي عنها زوجها ان يكون حصل الاجتماع فالعدة هنا سارية سواء حصل الاجتماع أو لم يحصل .

= لحقيا ضرر محقق اذ تمنع عنها نفقتها كمطلقة لعدة عليها في حين أنها لا تستطيع الانتفاع بهذا الطلاق فتتزوج غير مطلقها على اى مذهب من مذاهب دينها . وهذا ظلم كلفنا الشارع برفعه عنهم .
(محكمة قليوب الشرعية في ١٦/٣/١٩٢٩ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ١ ص ٢٠ رقم ٨) .

- ٣٦٠ -

المبحث الثاني

انواع العدة

٣٤١ - العدة من الفرقة في النكاح الصحيح ثلاثة انواع :

عدة بوضع الحمل

وعدة باقراء

وعدة بالاشهر

٣٤٢ - اما العدة بوضع الحمل : فهي في مطلق الاحوال بوضع الحمل لقوله تعالى : « واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن » . وهذا النص عام يسرى على المعتدات من طلاق أو فرقة في حياة الزوجين كما يشمل المعتدات من وفاة الزوج .

ويشترط في الولادة التي تنتهي بها العدة ان يكون ما وضعت المعتدة قد استبان خلقه أو بعض خلقه فان لم يكن ذلك لم تنقض العدة لان ما اسقط قد يكون حملا وقد يكون غيره والعدة لاتنقضي بالشك .

وبنزول اكثر الولد المستبين بعض خلقه تنتهي العدة .

وفيما تقدم تقول المادة ١٤٤ من قانون حقوق العائلة : « يلزم على المرأة المنكوحة بعقد صحيح اذا طلقها زوجها وفرق بينهما بالفسخ أو توفي عنها زوجها وهي حامل ان تعتد لحين وضع حملها » . واذا اسقطت فان كان مستبين الخلقة فهو كالحمل والا فلا تنقضي عدتها به بل تجرى المعاملة وفقا للاحكام المحررة في المواد السابقة . وحكم هذه الفقرات جار ايضا بحق المرأة المنكوحة بعقد فاسد اذا فرق بينهما أو توفي عنها زوجها وهي حامل » .

٣٤٣ - واما العدة بالأقراء فهي تكون لمن وقعت بينها وبين زوجها الفرقة بغير الوفاة لقوله تعالى « والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن » .

- ٣٦١ -

ومعنى **القرء** في مذعب ابي حنيفة واحمد هو **الحيفة** . وفي مذعب مالك والشافعى هو **الطهر** .

والعدة بالقروء تكون لمن ترى الحيض فعلا فلا تكون للصغيرة التى لم تر الحيض ولا للكبيرة التى بلغت بالسن ولم تر الحيض مطلقا ولا للآيسة التى انقطع حيضها وبلغت سن اليأس .

ومقدار العدة بالحيض ثلاث حيضات كاملات فلا يحسب بعض الحيضة .

وفىما تقدم تقول المادة ١٣٩ من قانون حقوق العائلة : « مدة العدة ثلاث حيضات كاملات للمرأة المنكوحة بعقد صحيح اذا طلقها زوجها أو فرق بينهما بالفسخ والتفريق بعد الاجتماع ولم تكن حاملا أو بالغة سن اليأس ٠٠٠ » .

٣٤٤ - واما العدة بالاشهر : فهى قسمان : قسم قائم مقام القرء . وقسم ثبت بالاصل :

١ - **اما العدة بالاشهر** التى قامت مقام القرء فهى لمن لا يرين الحيض اذا كانت الفرقة بينهما وازواجهن بغير الوفاة وهؤلاء هن اللاتى لم يرين الحيض قط واللاتى يئسن من المحيض اى بلغن سن اليأس ولا يرين الدم . وذلك لقوله تعالى : « واللاتى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللاتى لم يحضن » . والآيسة هى التى بلغت خمسا وخمسين سنة .

وقال بعض الفقهاء ان مثل المذكورات من رأى الدم ولكن كان نزوله مستمرا وتسمى هذ **بالمستحاضة** ان لم تكن تعلم اوقات حيضها من الشهر بان كانت فى العشر الاولى أو الثانية أو الثالثة وهكذا ٠٠٠ ، فان كانت تعلم ايام عادتها كانت عدتها بالحيض وان كانت لا تعلم ذلك أو كانت عادتها غير منتظمة فان عدتها تكون ثلاثة اشهر .

وقد قالت المادة ١٤١ من قانون حقوق العائلة : « مدة عدة المرأة المنكوحة بعقد صحيح اذا طلقها زوجها أو فرق بينهما بالفسخ بعد الاجتماع وكانت بالغة سن اليأس هى ثلاثة اشهر » .

- ٣٦٢ -

٢ - وإما العدة بالاشهر التي ثبتت اصلا فهي عدة الوفاة ان لم تكن المتوفي عنها زوجها حاملا وهي اربعة اشهر وعشرة ايام لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسين اربعة اشهر وعشرا » .

وقد قانت المادة ١٤٣ من قانون حقوق العائلة : « يلزم على المرأة المتوفى عنها زوجها والمنكوحه بنكاح صحيح ما عدا الحامل ان تعتد اربعة اشهر وعشرة ايام سواء حصل الاجتماع ام لا » .

ملحوظة : العدة بالاشهر بنوعها تكون بالشهور القمرية ان كان ابتداء العدة قد صادف اول الشهر .

وان كان ابتداء العدة خلال الشهر فان العدة تحتسب بالايام اى يعتبر كل شهر ثلاثين يوما . وقال محمد وابو يوسف في قوله الاخير ان الشهر الاول يكمل بالايام من الشهر الاخير والباقي بالاهلة لان التقدير بنص القرآن الكريم بالاشهر .

انتقال العدة

٣٤٥ - تغيير العدة من نوع الى نوع قسمان :

١ - فقد تنتقل العدة من التقدير بالاشهر الى التقدير بالحيض .

٢ - وقد تنتقل من الحيض الى الاشهر .

وفيما يلى نتكلم عن كل فرض من هذين الفرضين :

٣٤٦ - التحول من الاشهر الى الحيض :

يكون هذا في حالين :

(أ) فقد تكون العدة بالاشهر لمطلقة لم تر الدم اصلا اما لكونها صغيرة أو لانها بلغت بالسن ولم تر الحيض . فاذا رأته هذه الدم قبل ان تنقضي عدتها بانتها الاشهر الثلاثة فانها تستأنف العدة من جديد وتعتد بالحيض وذلك لان العدة انما كانت بالاشهر بدلا عن الحيض فاذا امكن الاصل فان اعتبار البدل يزول .

(ب) وقد تكون العدة بالاشهر لمن يئست من الحيض فاذا بدأت عدتها بالاشهر وقبل ان تنتهى الشهور الثلاثة رأت الدم فى هذا ايضا تستأنف العدة من جديد بالحيض وذلك لانه يرؤيتها الدم نبين ان تقدير الياس لم يكن صحيحا فضلا عن التعليل الذى فى الفرض السابق .

٣٤٧ - التحول من الحيض الى الاشهر :

يكمن هذا فى حالين ايضا :

(١) حال المطلقة اذا توفى زوجها حال العدة فان كانت مطلقة رجعيًا ولم تكن حاملًا فهي فى الاصل نبتدىء العدة بالاقرءاء فاذا توفى زوجها تحولت عدتها الى عدة وفاة سواء اكان طلاقها فى حال مرض الموت ام لم يكن وتستأنفها من جديد وذلك لان المطلقة رجعيًا تعتبر زوجة وتسرى فى حقها آية : « والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجًا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » .

واذا كان الطلاق باننا فلا تتحول العدة اذا لم يعتبر فارا بهذا الطلاق بل تستمر بالاقرءاء أو بثلاثة اشهر كما كانت قبل الوفاة .

واذا اعتبر فارا ومات فى عدتها وورثت منه فهي تعتد بابعد الاجلين : عدة الوفاة أو الاقرءاء ، اى انها تعتد عدة وفاة لا بد ان تكون فيها نهاية ثلاثة اقرءاء فان لم تنته فيها امتدت بعدها . والسبب ان الطلاق بائن فيكون قد مات عنها والزوجة ليست قائمة ومقتضى هذا كون العدة بالاقرءاء فقط ولكن لانها ورتت وجب اعتبار الزوجية قائمة لانها سبب اذ هى سبب الميراث فكان من العمل بالاعتبارين جعل عدتها بابعد الاجلين وهذا هو قول ابي حنيفة ومحمد .

اما ابو يوسف فقد قال انها تعتد عدة الطلاق فقط لان الزوجية قد انقطعت وثبوت الميراث كان للضرورة ليرد عليه قصده حرمانها منه وهذا لا يقتضى اعتبار الزوجية قائمة بالنسبة لغير ذلك من الاحكام .

وقد نصت المادة ١٤٧ من قانون حقوق العائلة على انه : « اذا توفى زوج المعتدة بالطلاق الرجعى تسقط عدة الطلاق ويلزم الاعتداد بعدة الوفاة من جديد . ولا تلزم في الطلاق البائن بل تكمل عدة الطلاق » .

وظاهر من هذا النص انه نقنين للفقه في المسألة . ويقيده عمومها بالنسبة للطلاق البائن انه اخذ بقول ابي يوسف في حالة الفرار من الميراث .

(ب) وحال المعتدة من طلاق اذا اعتدت بالاقرار ثم لم تر الدم فهي ان يئست من المحيض بان بلغت سن الياس تستأنف العدة من جديد وتعتد بالاشهر اذ قد تعذر الاعتداد بالاصل او صارت في حال يأس وبلغت سن الياس فتعتد بما يقوم مقام الاصل وهو الاشهر .

وفى ذلك تقول المادة ١٤٠ من قانون حقوق العائلة : « اذا لم تر المعتدة الحيض أصلا خلال المدة المذكورة (يعنى مدة الثلاث حيضات) أو رأت حيضة أو حيضتين ثم انقطع الحيض فان كانت بلغت سن اليأس تعتد بثلاثة اشهر من تاريخ وصولها وان لم تكن بلغت فتعتد بتسعة اشهر اعتبارا من زمن لزوم العدة » .

ويلاحظ ان ما جاء في عجز هذه المادة بالنسبة لمن لم تكن بلغت سن اليأس وتدعى انها لم تر الدم اصلا أو رأت حيضة أو حيضتين فقط من انها تعتد بتسعة اشهر اعتبارا من زمن لزوم العدة - يعتبر حلا عادلا .

وقد نصت المادة ١٧ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ السارى في مصر على انه : « لا نسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق . كما لا تسمع عندالانكار دعوى الارث بسبب الزوجية لمطلقة توفى زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق » . ويستفاد من هذا النص ان التقدير بسنة انما يكون من احكام القضاء عند النزاع في النفقة وهذا يمنع سماع الدعوى ولا تنتهى به العدة وعلى ذلك فامر انقضاء العدة وعدمه وحل تزوج المعتدة من زوج آخر امر متروك لدينها .

٣٤٨ - كيف يعرف انتهاء العدة :

إذا كانت المعتدة حاملا فانتفاء العدة بوضع الحمل .

وإذا كانت غير حامل ومعتدة من وفاة فالعدة تنتهي ببضي أربعة أشهر وعشرة أيام .

وان كانت معتدة من طلاق وعدتها بالأشهر فتنتهي بانتهاء ثلاثة أشهر .

وإذا كانت العدة بالاقراء فمعرفة انتهاء العدة يكون باخبارها في مدة تحتل انقضاء العدة . واقل مدة تصدق فيها بانقضاء العدة هي ستون يوما لدى ابي حنيفة وتسعة وثلاثون يوما عند الصاحبين .

٣٤٩ - وقد حكم بأن كلمة حمل اسم لنطفة متغيرة فإذا كانت مضغة أو علقة ولم تتغير ولم تصر لحما فلا تكون حملا . وان العدة تنقضي بوضع الحمل المستبين بعد خلقه متى مضي على الحمل أربعة أشهر من وقت العلوق .

ومما جاء في الحكم ان الجنين يمكث نطفة ماء أربعين يوما ثم علقة كذلك ثم مضغة كذلك ، فكلمة حمل في الشرع اسم لنطفة متغيرة . فإذا كان نطفة أو علقة ولم يتغير ولم يصبح لحما فلا يكون حملا . وإذا كان ما ولدته قطعة لحم فهو حمل لأن النطفة لاتصير لحما قبل أربعة أشهر . والنص الشرعي يقضي بانقضاء العدة بوضع الحمل ولو كان مستبيناً بعض خلقه متى مضي على مبدأ الحمل مدة أربعة أشهر من وقت العلوق كما نص على ذلك الجزء الأول من الفتاوى الهندية ص ٣٣١ والجزء الثاني من الدر المختار في رد المحتار ص ٦٢٠ (١) .

وحكم بان العدة تنقضي بوضع الحمل اذا استبان بعض خلقه على الأقل ليعلم أنه انسان ييقين (٢) .

(١) محكمة العياط الشرعية في ١٩٢٨/١٢/٢٦ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ٣ ص ٢١٢ رقم ٦٥ .
(٢) محكمة اسنا الشرعية في ١٩٣٨/٤/١٦ المحاماة الشرعية س / ٩ ع / ٦ ص ٥٤٨ رقم ١١٠ .

وحكم بأنه اذا ثبتت ولادة المطلقة رجعيا أو بائنا لأقل من سنتين من تاريخ الطلاق وهي مكلفة ولم تقر قبل ذلك بانقضاء عدتها اعتبرت الولادة نهاية لعدتها ولا حق لها في النفقة من تاريخ ولادتها وتبرا منها ذمة مطلقها (١) .

وبأن شهادة الميلاد من الأوراق الرسمية التي لا يظن عليها الا بالتزوير فتعتبر دليلا على انقضاء العدة من تاريخ الولادة ولا تقبل الطعن عليها بأن الولادة لم تقيد في تاريخها بعد تقرير المدعى عليه عدم طعنه بالتزوير (٢) .

وحكم بأن الحكمة في وجوب العدة على المطلقة هي اظهار حرمة النكاح لا تحقق براءة الرحم لأنها تتحقق بمجرد ظهور الحيض مرة واحدة . فلا تعتبر المطلقة بتقرير الطبيب الشرعي خلوها من الحمل في حكم المقررة بانقضاء عدتها تقييدا بالنص الوارد في كتاب الله في عدة المطلقة (٣) .

وبأن المطلق اذا دفع نفقة العدة لمطلقاته مختارا بعد رفض دعواها نهائيا فلا حق له بعد ذلك في طلب ردها استنادا الى الحكم برفض الدعوى لأن صنيعة السابق يعتبر اقرارا منه باستحقاق مطلقته لما دفعه أولا (٤) .

وبأن اقرار وكيل الزوجة في العقد وقبض المهر بانقضاء عدتها معتبر وملزم لها لصدوره ممن يمثلها لأن التوكيل في العقد توكيل فيما يلزم له من الأقاير فتعتبر الزوجة به منقضية العدة من تاريخ العقد عليها ويسقط حكم النفقة المترتب من تاريخ العقد (٥) .

-
- (١) محكمة الجمالية الشرعية في ١٩٣٤/٢/٢٦ المحاماة الشرعية س / ٨ ع / ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٢٢٩ رقم ٦٢ . وقد تأيد في الاستئناف .
- (٢) محكمة منوف الشرعية في ١٩٣٧/٢/١٦ المحاماة الشرعية س ٨ ع / ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٢٣٤ رقم ٦٥ . وقد تأيد في الاستئناف .
- (٣) محكمة أسيوط الابتدائية الشرعية في ١٩٣٦/١٢/٣ المحاماة الشرعية س / ٨ ع / ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ص ٢٤٧ رقم ٤٧ .
- (٤) محكمة طنطا الشرعية في ١٩٣١/١/١٢ المحاماة الشرعية س / ٨ ع / ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ص ٢٧٩ رقم ٦٠ . وقد تأيد استئنافيا .
- (٥) محكمة أسيوط الابتدائية الشرعية في ٣٥/١٢/٣ المحاماة الشرعية =

وحكم بأنه لا يقبل من الزوجه ادعاء عدم علمها بانطلاق لفصول الى حكم بالنفقة متى صدر باسناد رسمي (لا يتوجه عليه سوى الطعن بالتزوير ولم نفعل) واشتهر بين الناس ولم يكتمه عنها وكانت العدة من تاريخه قد انقضت . ومعنى ذلك انه يكفي لاشهار الطلاق ان يعلم اثنان به ومتى مضى عليه سنة فلا نستحق الزوجه نفقة بعدها . وقد جاء في الحكم انه نص في الفقه على ان من اقر بطلاق امراته ولم يكتمه واشتهر بين الناس وجبت العدة من حين وقوعه وقالوا ان الاشتهار يكون باقراره بين الناس ، ويكفي اقراره عند رجلين ولا يلزم الاقرار عند أكثر (١) .

وحكم بان ما استولت عليه المطلقة بعد انقضاء عدتها (الثابت بقريته الاقدام على النكاح وسبق الاقرار بحصول الطلاق) يلتقى قصاصا مع دين مؤخر الصداق لتساوي الدينين في القوة ولأن من استولى على مال الغير بغير حق وجب عليه رده (٢) .

٣٥٠ - وقد حكم بان انقضاء العدة بالحيض من مواضع الخفاء بالنسبة للمطلق فيفتقر فيه التناقض بخلاف المطلقة . وأن التناقض يمنع من سماع الدعوى سواء كان من واحد او من اثنين في حكم الواحد كالوارث والمورث . وأن الاقرار لا يتجزأ ، واذا اخذ القضاء بأحد جزئي الاقرار ترجح الأخذ بباقيه حذرا من تجزئته طبقا للمادة ١٢٦ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وهي تنص على أن الاقرار لا يتجزأ (٣) .

= س ٧ / ع ٧ ، ٨ ، ص ٦٨٠ رقم ١٧١ . وفي الحكم توكيل المستأنف عليها لوالدها في العقد وشرط المهر وقبضه واستلام الوثيقة يتضمن الاعتراف بانقضاء العدة اذ لو كانت في العدة لما لزم لعودتها الى زوجها عقد ومهر جديدا .

(١) محكمة المنصورة الشرعية في ٣٦/٤/٢٩ المحاماة الشرعية س ٨ ع ١ ، ٢ ، ٣ ص ٢٢٣ رقم ٧٦ . ولم يستأنف الحكم فصار نهائيا .

(٢) محكمة بنى سويف الابتدائية الشرعية في ٣٧/٧/١٨ المحاماة الشرعية س ٨ / ع ٨ ، ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ص ٢٥٨ رقم ٢ .

(٣) محكمة المحلة الكبرى الشرعية في ١٩٣١/١/١٠ المحاماة الشرعية س ٣ ع ٩ ، ١٠ ، ص ٩٠٣ رقم ٢٨٨ . لم يستأنف .

ما يتعلق بالعدة من حقوق واحكام

٣٥١ - مما يتعلق بالعدة من الحقوق والاحكام :

أولاً : اذا توفى احد الزوجين حال العدة من طلاق رجعى فان الآخر يرثه وليس ذلك في الطلاق البائن الا ان يكون الذى مات فاراً من الميراث .

ثانياً : اذا اتت المعتدة بولد خلال العدة يثبت نسبه من المطلق على الوجه وبالشروط التى محل الكلام عنها ثبوت النسب .

ثالثاً : لا يصح للمطلق ان يتزوج من محرم للمطلقة حال العدة كما لا يصح ان يتزوج خامسة وهى في العدة .

رابعاً : والمعتدة تلزم منزل الزوجية ولا تخرج منه وسند ذلك قوله تعالى : « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة » وهذا اذا كانت معتدة من فرقة في الحياة من زواج صحيح .

اما اذا كانت العدة من دخول في زواج فاسد فانها تخرج من بيت من اعتدت منه لانه لم يكن له عليها من حق .

٣٥٢ - وقد حكم بأن :

١ - اعتداد المطلقة في المسكن الذى كان مضافاً الى الزوجين بالسكنى حال قيام الزوجية حق لاشرع فلا يجوز العدول عنه الا لعذر .

٢ - وان الأعدار المبيحة للاعتداد في غير المسكن المذكور لم يذكرها الفقهاء على سبيل الحصر ولكن ليتعرف منها مقدراً الضرورة المبيحة للاعتداد في غير هذا المنزل .

٣ - وانه اذا كان مسكن العدة مشغولاً بسكنى اناس آخرين مستأجرين له جاز للمطلقة الاعتداد في سواء .

٤ - وان حق الشرع اذا لم يمكن بذاته وأمكن بدله مما هو مساو له في القيمة يجب المصير الى البدل .

- ٣٦٩ -

٥ - وانه اذا تعذر الاعتداد في مسكن العدة ولم يدع المطلق مطلقته الى الاعتداد في سواء يكون ملزما بأجرة مسكن تعتد فيه (١) .

وحكم أيضا بأن :

١ - المنصوص عليه شرعا أن المطلقة يجب عليها أن تعتد في البيت المضاف الى الزوجين بالسكنى حال قيام الزوجية . فان طلقت وهى بعيدة عنه عادت اليه فوراً ولا تخرج منه الا بعذر .

٢ - وليس من الأعذار التى تبيح خروج المطلقة من بيت الزوجية شغل المسكن بسكنى غيرها متى كان مملوكاً لمطلقها .

٣ - ولا يجاب المطلق الى طلب اعادة المطلقة الى مسكن العدة اذا ظهر انه يقصد بدعواه الكيد والاضرار .

٤ - وتكذيب المدعى لشهوده تفسيقاً مانع من قبول الشهادة شرعا .

٥ - والحكمة في ضرورة اعتداد المطلقة بمنزل الزوجية الذى كانت تقيم فيه وقت الطلاق حملها على تذكر نعمة الزوجية وعدم نسيانها فيجب عليها الاعتداد فيه والعودة اليه ان طلقت وهى بعيدة عنه ، ولا تخرج منه الا لعذر شرعى .

٦ - شغل المسكن الذى كان مضافاً الى الزوجين وقت الطلاق للملوك المطلق لا يمنع المطلقة من الاعتداد به فان لم يسع سكنها أو كان المطلق فاسقاً (في الطلاق البائن) فخروجها منه أولى (٢) .

(١) محكمة سنورس الشرعية في ١٢/٥/١٩٣١ المحاماة الشرعية س / ٤ ص ٦٤ رقم ١٩ - لم يستأنف فصار نهائياً .

(٢) محكمة أسيوط الابتدائية الشرعية في ٢٠/٦/١٩٣٧ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ١ ص ٥٩ رقم ١٢ وهو حكم استثنائى .

(م ٢٤ - الأحوال الشخصية)

- ٣٧٠ -

وحكم أيضا بأنه : ١ - يمكن طالب معتدة طلاقه البائن لاعتدادها في مسكنه لفساد الزمن ٢٠ - وإذا كان بين مكان المطلقة وبين بلدة مسكن العدة أكثر من مسافة القصر وطلقها وهي في الطريق قبل غايته (وبالأولى إذا كانت قد وصلت الى القصد) فلا تلزم بالعود لمسكن العدة لأنها تكون منشئة سفرا في العدة وذلك غير جائز حتى ولو كان معها محرم (١) .

٣٥٣ - خامسا : يجب على المعتدة من وفاة الحداد على زوجها المتوفى حال العدة بالا تترين وهذا محل اتفاق . اما في المعتدة من طلاق بائن فقد قال الحنفية بالحداد ايضا خلافا للشافعية .

سادسا : المطلقة حال العدة لا تحل لزوج اجنبي على ما بينا عند الكلام عن المحرمات . كما انه لا تجوز خطبتها لا تصريحها ولا تعريضها ان لم تكن معتدة من وفاة اما اذا كانت معتدة من وفاة فتجوز خطبتها تعريضها لا تصريحها .

٣٥٤ - نفقة المعتدة :

تجب نفقة العدة (٢) اذا كانت الفرقة من زواج صحيح وكانت بطلاق من الزوج أو من القاضي بسبب من الزوج ، او كانت الفرقة فسخا وكان الفسخ من قبل الزوج أو كان من قبل الزوجة ولكن لا معصية فيه كان تختار نفسها بخيار الافاقة بعد الدخول بها .

(١) محكمة كرموز الشرعية في ١٩٣٢/٦/٢٥ المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧٤٦ رقم ٢٠٠ . وقد صار نهائيا .

(٢) اذا انقضت العدة فلا نفقة . وقد حكم بأنه اذا صدر حكم بتقرير نفقة عدة لمطلقة ثم اعترفت بعده في قضية أخرى بما يفيد انقضاء عدتها فللمحكوم عليه (مطلقها) ان يتمسك به في دعوى اسقاط تلك النفقة ، ولا يمنعه من ذلك عدم دفعه به وقت الفرض لأنه لا يعلمه - وهو مما تستأثر المطلقة بعلمه - فهو معذور (الجمالية الشرعية في ١٩٢٨/٢/٢٠ مجلة المحاماة الشرعية السنة الأولى رقم ٩٢ ع / ٤ ص ٣١٥) .

ولا تجب النفقة في احوال ثلاثة :

١ - اذا كانت العدة من دخول فاسد أو من وطء بشبهة .

٢ - اذا كانت معتدة من وفاة لان النفقة تجب على الزوج وقد مات الزوج

فلا يكون هناك من تجب عليه النفقة .

٣ - اذا كانت الفرقة بسبب فسخ كان بمعية الزوجة .

٣٥٥ - وقد نصت المادة ١٥٠ من قانون حقوق العائلة على انه : « تلزم

نفقه المعتدة على زوجها » .

وقالت المادة ١٥١ : « لا تلزم نفقة العدة للمرأة المطلقة اذا كانت

ناشزة » .

وقالت المادة ١٥٢ : « لا تلزم نفقة العدة للمرأة التي توفي زوجها

سواء كانت حاملا ام لا » .

ثم قالت بعد ذلك المادة ١٥٣ : « اذا انقضت مدة العدة بدون تقدير

نفقه لها قضاء أو رضاء تسقط النفقة » .

وقالت المادة ١٥٤ : « لا يسقط المقدار المتراكم من النفقة المعدرة بوفاة

احد الزوجين » .

٣٥٦ - والحكم الوارد في المادة ١٥٣ المذكورة في الصلب يخالف

ما عليه العمل في جمهورية مصر العربية اذ تقول المادة الثانية من القانون

رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ : « المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر نفقتها دينا كما في

المادة السابقة من تاريخ الطلاق » . والمادة المشار اليها هي المادة الأولى

من القانون المذكور ونصها : « تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت نفسها

= وما جاء في الحكم ان المرأة اعترفت في قضية أخرى بأنها ليست من ذوات

الحيض طول حياتها ولم تدع حملا فعدتها ثلاثة أشهر من تاريخ الطلاق ، ولم

يكن المطلق يعلم بذلك قبل صدور الحكم بالنفقة .

لزوجها ولو حكما دينيا في ذمته وقت امتناع الزوج عن الانفاق مع وجوبه
بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ولا بسقط دينها الا بالاداء أو الإبراء » .

٣٥٧ - وقد حكم بأن اقرار الزوج بالطلاق مسندا الى تاريخ سابق
لا يعتبر انشاء لطلاق جديد . وان الزوجة اذا صدقته في الاسناد اعتبر ذلك في
حقها لا في حق الله فتعامل به بالنسبة لنفقتها فقط وان كذبت في الاسناد فعدتها
من وقت الاقرار . وانه اذا وجد من المقر بالطلاق الرجعى المسند الى تاريخ
سابق مايدل على الرجعة عومل به واعتبرت الزوجية قائمة فلا يقبل منه طلب
كفها عن المطالبة بالمفروض (١) .

وحكم بأنه يقبل ادعاء المطلق الخطأ في الاقرار اذا دفعت المطلقة دعواه
منع تعرضها بالمفروض بانقضاء العدة بأنه أقر بمراجعتها قولاً وفعلاً . وأن
الرجعة من حقوق الله تعالى لا يمنع المحكمة من السير في دعواها ترك مدعيها
الدعوى الا اذا تبين لها كذبها (٢) .

وبأن كل خلوة يمكن معها الوطء حقيقة ولكن المنع كان لحق الشرع كالصوم
والاحرام والحيض . توجب العدة . وكل خلوة لا يمكن معها الوطء كالمرض
المدنف والمصفر لا توجب العدة .

ومما جاء في الحكم عن جامع الفصولين ج / ١ ص ١٩٤ قوله : خلوة
المحبوب والعين توجب العدة لأنه يتمكن من الوطء بالسحق وغيره . والخلوة
بالرتقاء توجب العدة لأنه يتمكن من الوطء بالفتق (٣) .

-
- (١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣٧/٥/٢٠ المحاماة الشرعية
س / ٩ ع / ٤ ص ٣٤٢ رقم ٦٨ . ومن مراجع الحكم : المبسوط ج ١٨ ص
١٤٥ - ابن عابدين في العدة - الفتق في العدة .
- (٢) محكمة أسبوط الابتدائية الشرعية المحاماة الشرعية في ١٩٣٧/٦/٢٠
س / ٩ ع / ٨ ص ٧٢٢ رقم ١٤٦ .
- (٣) محكمة الجمالية الابتدائية الشرعية المحاماة الشرعية، ١٩٣٤/٤/٢٦
س / ٩ ع / ٨ ص ٧٣٦ رقم ١٥٠ وتأيد بالاستئناف .

وبأن الاقرار حجة على المقر فمن أقر بطلاق زوجته رجعيًا بتاريخ سابق
اقرارًا ثابتًا بورقة رسمية عومل باقراره من تاريخ تلك الورقة . وإن الرجعة
تصح بالقول وبالفعل وبالدلالة في أثناء العدة وتبطل بها العدة ولا يفرض لها
نفقة عدة .

ومن مراجع الحكم : ابن عابدين ج / ٢ ص ٥٤٣ ، ٥٤٤ - والجزء / ١
ص ٤٣٢ ، ٤٣٣ من مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (١) .

وحكم بأنه إذا صالح المطلق مطلقة على نفقة العدة وكانت العدة بالأشهر
صح الصلح خلافًا لما إذا كانت بالحيض فإنه لا يصح للجهالة . وأنه إذا صدر
العقد باطلا فلا يراعى فيه شرط الالتزام الذي اشتمل عليه .

ومن مراجع الحكم : ابن عابدين ج / ٢ ص ٦٨٨ - والمادتان ١٧ ، ١٨
قانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (٢) .

وحكم بأن التزوج بالحامل من الغير من قبيل النكاح الفاسد ولا نفقة في
النكاح الفاسد وإن العدة في النكاح الفاسد تبثى من وقت المتاركة أو من
وقت التفريق . والوطء بعد علمه بحرمتها عليه ومتاركة لها يكون زنى ولا عدة
على الحامل من الزنى (٣) .

(١) محكمة فوة الابتدائية الشرعية المحاماه الشرعية في ١٩٣٨/٢/٦
س / ٩ ع / ٨ ص ٧٤٠ رقم ١٥٢ .

(٢) محكمة بنى سويف الابتدائية الشرعية المحاماه الشرعية في ١٩٣٨/٥/١٨
س / ٩ ع / ٧ ص ٦٢٧ رقم ١٢٥ .

(٣) محكمة الضواحي الابتدائية الشرعية المحاماه الشرعية في ١٩٣٨/٨/٢
س / ١٠ ع / ٣ ص ٢٦٠ رقم ٦٨ . وفي الحكم كذلك أن طلاق الحائل
التي من ذوات الحيض طلاقًا رجعيًا ثم طلاقها بائنا على الإبراء من مؤخر الصداق
ونفقة العدة يقتضي أن الزوج قد راجعها بعد الطلاق الأول وهي في العدة وإعادها
إلى عصمتها إذ أنه لو تركها بدون مراجعة في انتضاء عدتها وبانت منه للملكة
نفسها بعد البيونة ولما كان هناك من دأع يلجئها إلى افتداء نفسها
منه حين الطلاق الثاني .

٣٥٨ - وقد حكم بأنه يحكم للمعتدة بأجرة المسكن من تاريخ طلاقها (١) .

وبأن تعجيل ما يدفع نفقة للعدة لصاحب العادة لا يمنع من تقرير نفقة تفرض لها على أن يحتسب منها ما صار تعجيله (٢) .

وبأن وفاة المعتدة لا تمنع من فرض النفقة لها الى تاريخ وفاتها وامر مطلقها بأداء ما يفرض الي ورثتها الذين حلوا محلها (٣) .

وبأن المطلقة اذا تزوجت ثم قالت كنت معتدة لاتصدق اذا كان بين الطلاق والزواج شهران فصاعدا . وأن الاقدام على النكاح اعتراف بانقضاء العدة يبطل به فرض النفقة التي كان سببها الزوجية السابقة (٤) .

وبأن نفقة العدة المفروضة اذا حصل التنازل عنها باقرار كتابي يكون من أدلة صحة صدوره استلام المقررة مؤخر صداقها الا اذا كانت قد تنازلت عن الحكم الصادر بنفقة عدتها خصوصا اذا كان قد تكرر طلبها تأجيل القضية لبدء ملاحظاتها على ورقة الاقرار المذكور ولم تبادر الى انكار توقيعها عليه (٥) .

وبأنه مادام المحكوم عليه بنفقة العدة لا ينازع في كون مطلقاته في العدة في المدة التي استولت على نفقتها فيما بعد مضي السنة من طريق تنفيذها

-
- (١) محكمة الخليفة الشرعية في ١٩٣١/١١/٧ المحاماة الشرعية س / ٣ ع / ١٠، ٩ رقم ٢٨٢ ص ٨٩٥ .
- (٢) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣١/١٢/١٤ المحاماة الشرعية س / ٣ ع / ٧ رقم ٢٠٠ ص ٦٤٥ .
- (٣) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٢٥/٦/١ المحاماة الشرعية س / ٢ ع / ٥ رقم ٥٣ ص ٤٥٢ .
- (٤) محكمة شبين القناطر الشرعية في ١٩٣١/٣/٣٠ المحاماة الشرعية س / ٣ ع / ٧ رقم ٢٠٧ ص ٦٦٢ .
- (٥) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣١/٩/٢٣ المحاماة الشرعية س / ٣ ع / ١ رقم ١٤ ص ٧٤ .

الحكم الصادر بها فلا يجاب طلب استرداد ما استولت عليه من ذلك بطريق التنفيذ لأن النفقة صلة لا تسترد اذا اتصل بها القبض (١) .

ومما جاء في الحكم قوله : قررت انها في العدة ولم ينزع وكيل المدعى في ذلك ونفقة العدة واجبة شرعا على المطلق ومنع سماع دعوى نفقة العدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق بالمادة ١٧ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ليس معناه انقضاء العدة بمضي السنة ولا ان المعتدة لا تستحق النفقة مادامت في العدة وان طالمت لاكثر من سنة ولكنه نهي للقضاة عن سماع هذه الدعوى من قبيل تخصيص القضاء مع عدم سقوط الحق في النفقة مادامت في العدة كالمنع من سماع الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة فانه لايدل على سقوط الحق بتقادم الزمان . ولا يفيد المدعى قوله ان الدفع كان بطريق الحجز فقد كان يستطيع ان يستشكل في التنفيذ وان يرفع الأمر للقضاء ليقف تنفيذ حكم النفقة فيما زاد عن سنة من تاريخ الطلاق طبقا لنص المادة ١٩ من القانون المذكور ولكنه لم يفعل . وقد نصوا على أن النفقة صلة لا تسترد اذا اتصل بها القبض كالبهية .

وحكم بأنه اذا اعترفت المعتدة بأن ليس لها حق شرعى قبل المطلق منعها ذلك من مطالبتها بشيء من حقوق الزوجية التي منها نفقة العدة (٢) .

٣٥٩ - وحكم بأن نفقة العدة واجبة على الزوج ومنها أجره السكن فلا يجوز دفعها بعلم جواز الحكم بأجرة مسكن لأن الزوجة تملك مسكناً (٣) .

(١) محكمة بنى سويف الشرعية في ٣/٥/١٩٣٤ المحاماة الشرعية س/٥ ع / ٧ ، ٨ ص ٧٨٣ رقم ٢١٤ ولم يستأنف الحكم فصار نهائيا .
 (٢) محكمة السيدة الشرعية في ٢٧/١٢/١٩٣١ المحاماة الشرعية س/٥ ع / ٣ ، ٤ ص ٣٥٧ رقم ١٠٥ وقد تأيد الحكم في الاستئناف .
 (٣) محكمة أسيوط الابتدائية الشرعية في ٧/٣/١٩٣٧ المحاماة الشرعية س / ٨ ع / ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٢٠٥ رقم ٥٠ .

المراجع المهمة

أولا في الفقه الاسلامى

١ - الفقه الحنفى

- ١ - الاختيار شرح المختار ، المسمى بالاختيار لتعليل المختار : كلاهما تأليف عبد الله بن محمود بن مودود بن محمود الموصلى الحنفى - المتوفى سنة ٦٨٣ هـ . طبعة الحلبي سنة ١٣٥٥ هـ . سنة ١٩٣٦ م .
- ٢ - الأشباه والنظائر : لابن نجيم المصرى - المتوفى سنة ٦٧٠ هـ طبع بولاق سنة ١٢٩٨ هـ ، والمطبعة الحسينية بالقاهرة ، سنة ١٣٢٢ هـ .
- ٣ - البحر الرائق ، شرح كنز الدقائق ، وهو شرح للعلامة زين العابدين بن ابراهيم المعروف ابن نجيم المصرى الحنفى - المتوفى سنة ٩٧٠ هـ ، على كنز الدقائق - للنسفى . طبعة المطبعة العلمية بالقاهرة سنة ١٣١١ هـ . وعلى هامشه : منحة الخالق ، على البحر الرائق ، وهى حواش عليه لابن عابدين وكذلك كنز الدقائق - للنسفى .
- ٤ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : للكاسانى - المتوفى سنة ٥٨٧ هـ . طبع المطبعة الجمالية بالقاهرة سنة ١٣٢٨ هـ .
- ٥ - تبين الحقائق : للزيلعى ، المتوفى سنة ٧٤٣ هـ . وهو شرح على كنز الدقائق للنسفى . طبع بولاق سنة ١٣١٣ هـ ، سنة ١٣١٤ هـ ، سنة ١٣١٥ هـ .
- ٦ - جامع الفصولين : لابن قاضي سماوة - المتوفى سنة ٨١٨ هـ . طبع المطبعة الأزهرية بالقاهرة سنة ١٣٠٠ هـ .
- ٧ - الجامع الوجيز المعروف بالفتاوى البزازية : تأليف محمد الكرردى الخوارزمى المشهور بالبرازى - المتوفى سنة ٨٢٧ هـ . طبع أوربا سنة ١٣٠٨ هـ .

٨ - الحويزة النيرة ، شرح العلامة أبى بكر محمد العبادى السمعى ، المتوفى سنة ٨٠٠ هـ . طبع الاستانة سنة ١٣٠١ هـ .

٩ - حاشية سعد الله بن عيسى المفتى ، الشهير بسعدى جلى وبسعدى افندى - المتوفى سنة ٩٤٥ هـ . على العناية شرح الهداية للبايرتى . مطبوع على هامش شرح فتح القدير .

١٠ - حاشية الشلبى على شرح الزيلعى على كنز الدقائق : وهو فقيه مصرى توفى حوالى سنة ١٠٠٠ هـ . مطبوعة على هامش تبين الحقائق للزيلعى .

١١ - الدر المختار ، فى شرح تنوير الابصار . تأليف الحصكى - المتوفى سنة ١٠٨٨ هـ . طبع الآستانة سنة ١٢٧٧ هـ . وهو مطبوع ايضا على هامش رد المحتار على الدر المختار .

١٢ - رد المحتار ، على الدر المختار . شرح تنوير الابصار لابن عابدين - المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ . وهى حاشية على الدر المختار ، شرح الحصكى على تنوير الابصار للتمرتاشي طبع الآستانة سنة ١٢٩٤ هـ ، بولاق سنة ١٢٩٩ هـ ، ١٣٢٣ هـ ، والمطبعة اليمنية بالقاهرة سنة ١٣٢٧ هـ .

١٣ - رمز الحقائق على كنز الدقائق : للعينى - المتوفى سنة ٨٥٥ هـ . وهو شرح على كنز الدقائق للنسفى . طبع المطبعة اليمنية بالقاهرة سنة ١٣٢٠ هـ .

١٤ - شرح العناية على الهداية : للبايرتى المتوفى سنة ٧٨٦ هـ . مطبوعة على هامش شرح فتح القدير .

١٥ - العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية - تأليف العلامة السيد محمد أمين ابن عمر ، المشهور بابن عابدين - المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ . الطبعة الثانية سنة ١٣٠٠ هـ . بالمطبعة الأميرية - اختصر فيه الفتاوى الحامدية ، المسماة « مغنى المستغنى » لحامد أفندى العمادى ، طبع المطبعة اليمنية بالقاهرة سنة ١٣١٠ هـ : وعلى هامشها الفتاوى الخيرية .

١٦- عدة أرباب الفتوى : للسيد عبد الله أسعد م بترتيب ابي السعود محمد ابن على الشرواني مفتي المدينة . من علماء القرن الرابع عشر الهجرى . طبع بولاق سنة ١٣٠٤ هـ .

١٧- غنية ذوى الأحكام ، في بغية درر الحكام . وهى حاشية - لابی الاخلاص الشيخ حسن بن عمار بن على بن يوسف ، المعروف بالشرنبلالى المصرى الحنفى - المتوفى سنة ١٠٦٩ هـ . على درر الحكام شرح غرر الأحكام - الماخسرو . مخطوط بالمطبعة الأزهرية بخط محمد الشحات . سنة ١٢٦٩ . رقم (٥١٦) ٩١٢٣ .

١٨- الفتاوى الأسعدية في فقه الحنفية : تأليف السيد أسعد المدنى الحسينى رتبها تلميذه الشيخ محمد بن مصطفى قنوى زادة . طبع المطبعة الخيرية بالقاهرة سنة ١٣٠١ هـ - سنة ١٣٠٩ هـ .

١٩- الفتاوى الانقروية : تأليف الشيخ محمد بن الحسينى - المتوفى سنة ١٠٩٨ هـ طبع بولاق سنة ١٢٢١ هـ .

٢٠- الفتاوى الخيرية لنفع البرية - تأليف : العلامة خير الدين بن أحمد بن نور الدين على بن زين الدين بن عبد الوهاب الأيوبى ، المعروف بالعلمى - المتوفى سنة ١٠٨١ هـ .

جمع جزءا منها ولده محبى الدين بن خير الدين الرملى - المتوفى سنة ١٠٧١ هـ . واتمها الشيخ ابراهيم بن سليمان بن محمد الجينى - المتوفى سنة ١١٠٨ هـ . باذن شيخه خير الدين الرملى . طبع بولاق سنة ١٣٠٠ هـ .

٢١- الفتاوى الرحيمية . في واقعات السادة الحنفية : تأليف الشيخ عبد الرحيم ابن أبى اللطف بن اسحاق بن محمد الحسينى القدسي الحنفى - المتوفى سنة ١١٠٤ هـ . جمعها ولده السيد محمد بن عبد الرحيم .

مخطوط بالمكتبة الأزهرية . بخط الموصلى سنة ١٢٨٨ هـ . رقم (٢٠١١) رافعى ٢٦٨٥٠ .

- ٢٢- فتاوى قاضيخان : لقاضي خان الفرغانى - المتوفى سنة ٥٩٢ هـ . طبع
مطبعة شاهين بالقاهرة سنة ١٢٨٢ هـ .
- ٢٣- الفتاوى الهندية ، وتسمى أيضا المالكية : جمع جماعة من فضلاء
الهند برئاسة الشيخ نظام حوالى سنة ١٠٧٠ هـ طبع بولاق سنة
١٣١٠ هـ ، والمطبعة اليمنية بالقاهرة سنة ١٣٢٣ هـ ، ١٣٣٨ هـ .
- ٢٤- فتح القدير : تأليف كمال الدين محمد السيواسي ثم السكندري ، المشهور
بابن الهمام - المتوفى سنة ٨٦١ هـ وهو شرح على الهداية للمرغيناني ،
ومطبوع معها ببولاق سنة ١٣١٦ هـ ، ١٣١٨ هـ ، وبالمطبعة اليمنية سنة
١٣١٩ هـ ، سنة ١٣٣٩ هـ .
- ٢٥- الكفاية : لجلال الدين الخوارزمي الكرلاني على الهداية شرح بداية
المبتدى وهو مطبوع مع شرح فتح القدير .
- ٢٦- اللآلئ الدرية في الفوائد الخيرية : للشيخ نجم الدين الرملى ، وهى
حاشية على جامع الفصولين ومطبوعة معه .
- ٢٧- اللباب في شرح الكتاب : للميداني . وهو شرح على مختصر القدورى .
طبع المطبعة الجمالية بالقاهرة سنة ١٣٣٠ هـ ، ومطبعة البابى الحلبي
بمصر سنة ١٣٦٣ هـ - ١٩٤٤ م . تحقيق وضبط وتعليق الشيخ محمد
محيى الدين عبد الحميد من علماء الأزهر الشريف .
- ٢٨- المبسوط : لشمس الأئمة أبى بكر محمد السرخسي - اختلف فى تاريخ
وفاته ، فقليل انه مات « فى حدود التسعين وأربعمائة » وقيل : « فى
حدود خمسمائة » ، عن الفوائد البهية فى تراجم الحنفية ص ١٥٨ . وهو
مختصر للكافى ، والكافى شرح لكتب محمد . طبع مطبعة السعادة بالقاهرة
سنة ١٣٢٤ هـ .
- ٢٩- مجمع الانهر فى شرح ملتقى الابر - تأليف : الشيخ عبد الرحمن بن محمد
ابن سليمان ، المعروف بشيخى زاده وبالداماد - المتوفى سنة
١٠٧٨ هـ

طبع الآستانة سنة ١٣٢٨ هـ . وعلى هامشها در المنتقى في شرح المنتقى -
للحسكفى .

٣٠- مجموعة رسائل ابن عابدين - وهو العلامة السيد محمد أمين بن عمر ،
المشهور بابن عابدين - المتوفى سنة ١٣٥٢ هـ . طبع الآستانة سنة
١٣٢٥ هـ .

٣١- مختصر القدورى : تأليف العلامة أبى الحسين أحمد البغدادى المعروف
بالقدورى الحنفى - المتوفى سنة ٤٢٨ هـ . طبع الآستانة سنة ١٣٠٩ هـ ،
والمطبعة اليمنية بالقاهرة سنة ١٣٢٤ هـ ، والمطبعة الجمالية بالقاهرة
سنة ١٣٣١ هـ .

٣٢- الهداية شرح البداية : كلاهما للمرغينانى - المتوفى سنة ٥٩٣ هـ . طبع
المطبعة الخيرية بالقاهرة سنة ١٣٢٦ هـ . سنة ١٣٢٧ هـ ، ومطبعة
مصطفى البابى الحلبي بالقاهرة سنة ١٣٥٥ هـ .

٣٣- واقعات المفتين : لقدرى أفندى الحنفى ، الطبعة الأولى بالمطبعة الاميرية
ببولاق مصر سنة ١٢٠٠ هـ .

٢ - الفقه المالكي

٣٤- أوضح المسالك وأسهل المراقي الى سبك ابريز الشيخ عبد الباقي :
للرهونى ، من علماء القرن الثالث عشر الهجرى . وهو حاشية على شرح
الزرقانى على مختصر خليل . طبع بولاق سنة ١٣٠٦ هـ .

٣٥- بداية المجتهد ونهاية المقتصد . تأليف أبى الوليد محمد القرطبي
الأندلسي المالكي المشهور (بابن رشد الحفيد) المولود سنة ٥٢٠ هـ ،
والمتوفى سنة ٥٩٥ هـ ، طبعة سنة ١٣٣٩ هـ بمطبعة مصطفى البابى الحلبي
وأولاده بمصر .

٣٦- بلغة السالك لأقرب المسالك ، وهى حاشية للشيخ أحمد بن محمد
الصاوى المالكي - سنة ١٢٤١ هـ ، على الشرح الصغير ، لأقرب

- المسالك - كلاهما للدردير طبعة مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٤٠ هـ .
- ٣٧- التاج والاكلیل لمختصر الشيخ خليل : للعلامة أبي عبد الله محمد الغرناطي المشهور بالمواق وهو شرح مختصر خليل ، مطبوع على هامش مواهب الجليل ، طبع مطبعة السعادة بالقاهرة سنة ١٣٢٩ هـ .
- ٣٨- حاشية أبي عبد الله محمد المعروف بكنون ، وهي على شرح الزرقاني على مختصر خليل . ومطبوعة على هامش أوضح المسالك .
- ٣٩- حاشية الدسوقي : لمحمد الدسوقي المالكي - المتوفى سنة ١٢٣٠ هـ . وهي على الشرح الكبير للدردير المسمى : « منح القدير » على مختصر خليل . طبع المطبعة الأزهرية بالقاهرة سنة ١٣٠١ هـ .
- ٤٠- شرح الدردير ، على أقرب المسالك ، لمذهب الامام مالك : لأبي البركات الدردير العدوي المالكي . الأزهرى - المتوفى سنة ١٣٠١ هـ ، طبع بولاق سنة ١٢٨١ هـ .
- ٤١- الفواكه الدواني شرح الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنى النفراوى المالكي الأزهرى - المتوفى سنة ١١٢٥ هـ ، على رسالة أبي محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن القيرواني المالكي .
- الطبعة الثالثة سنة ١٣٧٤ هـ ، سنة ١٩٥٥ م بمطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر .
- ٤٢- المدونة الكبرى : للامام مالك بن أنس الأصبحي ، صاحب المذهب المشهور - المتوفى سنة ١٧٩ هـ . رواية الامام سحنون ابن سعيد التنوخي عن الامام عبد الرحمن بن القاسم العتقي ، عن الامام مالك . طبع مطبعة السعادة بالقاهرة سنة ١٣٢٣ هـ .
- ٤٣- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : للحطاب المغربي الأصل المكي - المتوفى سنة ٩٥٤ هـ . الطبعة الاولى . بمطبعة السعادة بالقاهرة سنة ١٣٢٩ هـ .

٣ - فقه الشافعى

- ٤٤- الأم : للامام الشافعى - المتوفى سنة ٢٠٤ هـ . مصر سنة ١٣٢١ هـ .
- ٤٥- حاشية الشبراملسي : للعلامة الشيخ ابي الضياء نور الدين على بن على المعروف بالشبراملسي القاهرة - المتوفى سنة ١٠٨٧ هـ . على شرح الرملى المسمى : نهاية المحتاج الى شرح المنهاج على منهاج الطالبين للنووى . وهى مطبوعة على هامش نهاية المحتاج ، طبع بولاق سنة ١٢٩٢ هـ .
- ٤٦- الفتاوى العقهية الكبرى : تأليف ابن حجر الهيتمى - المتوفى سنة ٩٧٤ هـ . طبع مطبعة عبد الحميد أحمد بالقاهرة سنة ١٣٥٧ هـ .
- ٤٧- مختصر الامام المزنى ، وهو الامام أبو ابراهيم اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل بن عمر بن اسحق المشهور بالمزنى ، (صاحب الامام الشافعى رضى الله عنه) - توفى سنة ٢٦٤ هـ - مطبوع على هامش الأم .
- ٤٨- المذهب : لأبى اسحق ابراهيم الشيرازى الفيروزابادى - المتوفى سنة ٤٧٦ هـ . طبع مطبعة دار الكتب العربية الكبرى بالقاهرة سنة ١٣٢٣ هـ .
- ٤٩- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج : للرملى المنوفى المصرى الانصارى ، المعروف في عصره بالشافعى الصغير - المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ . وهو شرح على المنهاج للنووى . طبع بولاق سنة ١٢٩٢ هـ .

٤ - الفقه الحنبلى

- ٥٠- دقائق أولى النهى لشرح المنتهى : لصاحب كشف القناع المعروف بالبهوتى الحنبلى - المتوفى سنة ١٠٥١ هـ . وهو شرح على المنتهى للفتوحى . مطبوع على هامش كشف القناع ، طبعة المطبعة الشرقية

٥١- الروض المربع شرح زاد المستقنع : وهو شرح للشيخ منصور بن يونس ابن صلاح الدين بن حسن بن أحمد بن إدريس ، المعروف بالبهوتي الحنبلي - المتوفى سنة ١٠٥١ هـ . على زاد المستقنع ، مختصر المقنع : لشرف الدين أبي النجا الحجاوي - طبع حجر بالهند سنة ١٣٠٥ هـ ، طبعة سنة ١٣٢٤ هـ .

٥٢- الشرح الكبير : لابن قدامة المقدسي الحنبلي (شمس الدين) المتوفى سنة ٦٨٢ هـ . وهو شرح على المقنع ، لموفق الدين بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٢٠ هـ . مطبوع مع المغني . طبعة المنار بالقاهرة سنة ١٣٤٨ هـ .

٥٣- كشف القناع عن متن الاقناع : للبهوتي الحنبلي المتوفى سنة ١٠٥١ هـ . وهو شرح على الاقناع لطالب الانتفاع ، لأبي النجا شرف الدين الحجاوي المقدسي ، طبع المطبعة الشرقية بالقاهرة سنة ١٣١٩ هـ ، سنة ١٣٢٠ هـ .

٥٤- مختصر الخرقى : المتوفى سنة ٣٣٤ هـ . مطبوع مع شرحه « المغني » .

٥٥- المغني : لابن قدامة المقدسي الحنبلي (موفق الدين) المتوفى سنة ٦٢٠ هـ . وهو شرح على مختصر الخرقى . طبع مطبعة المنار بالقاهرة سنة ١٣٤٨ هـ .

٥٦- نيل المآرب بشرح دليل الطالب : وهو شرح الشيخ عبد القادر بن عمر الشيباني الدمشقي الحنبلي - المتوفى سنة ١١٣٥ هـ . على دليل الطالب - لنيل الطالب - للشيخ مرعي بن يوسف المقدسي الحنبلي . طبع المطبعة الخيرية بالقاهرة سنة ١٣٢٦ هـ . وبهامشها الروض المربع بشرح زاد المستقنع - للبهوتي .

٥ - الفقه العام

٥٧- الأحكام السلطانية : للقاضي أبي يعلى الفراء الحنبلي - المتوفى سنة ٤٥٨ هـ . تصحيح وتعليق الشيخ محمد حامد الفقى . طبع مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بالقاهرة سنة ١٣٥٧ هـ .

٥٨- الأحكام السلطانية : للماوردي - المتوفى سنة ٤٥٠ هـ . طبع مطبعة الوطن بالقاهرة سنة ١٢٩٨ هـ ، ومطبعة السعادة بالقاهرة سنة ١٣٢٧ هـ .

٥٩- الاختيارات العلمية : لابن تيمية الحراني الحنبلي - المتوفى سنة ٧٢٨ هـ . طبع سنة ١٢٢٩ هـ . بمطبعة كردستان العلمية .

٦٠- اعلام المعوقين عن رب العالمين : لابن قيم الجوزية الحنبلي - المتوفى سنة ٧٥١ هـ . طبع مطبعة الكردى الأزهرى بالقاهرة سنة ١٣٢٥ هـ .

٦١- زاد المعاد في هدى خير العباد ، لابن قيم الجوزية الحنبلي - المتوفى سنة ٧٥١ هـ . بتحقيق محمد حامد الفقى . طبع مطبعة أنصار السنة المحمدية .

٦٢- المحلى بالآثار ، في شرح المجلى باختصار : كلاهما لابن حزم الظاهري الأندلسي - المتوفى سنة ٤٥٦ هـ . طبع مطبعة النهضة بالقاهرة سنة ١٣٤٧ هـ . وبأسفل صفحاتها تحقيق وشرح - للشيخ أحمد محمد شاكر ، وكذلك طبع مطبعة دار الطباعة المنيرية سنة ١٣٥٢ هـ .

٦- من كتب الشيعة

٦٣- البحر الزخار ، ومعه جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار ، الطبعة الأولى بمطبعة أنصار السنة المحمدية سنة ١٣٦٧ هـ . سنة ١٩٤٨ م .

الأول : تأليف الامام أحمد بن يحيى بن المرتضى - المتوفى سنة ٨٤٠ هـ .
والثاني : تأليف العلامة محمد بن يحيى بهران الصعدي - المتوفى سنة ٩٥٧ هـ .

٦٤- المختصر النافع في فقه الامامية ، لأبى القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلى - المتوفى سنة ٦٧٦ هـ . طبع مطبعة دار الكتاب العربى بالقاهرة .

(م ٢٥ - الأحوال الشخصية)

ثانيا في العلوم الاسلامية

(أ) اصول الفقه

- ٦٥ - الاحكام في اصول الاحكام : للآمدي ، وهو العلامة سيف الدين الحسن
على ابن أبي علي بن محمد بن سالم الأصولي ، المشهور بالآمدي -
المتوفي سنة ٦٣١ هـ . طبع مطبعة المعارف بالقاهرة سنة ١٣٣٢ هـ .
سنة ١٩١٤ م .

(ب) التفسير

- ٦٦ - احكام القرآن : لابن العربي المافري الأشبيلي المالكي - المولود في
اشبيلية سنة ٤٦٨ هـ . والمتوفى في فاس سنة ٥٤٣ هـ . طبع بولاق سنة
١٢٨٣ هـ ، ومطبعة الأوقاف الاسلامية بالآستانة سنة ١٣٣٥ هـ .
٦٧ - روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني للآلوسي البغدادي
الحسيني الحسيني ، مفتي بغداد - المتوفى بها سنة ١٢٧٠ هـ . الطبعة
الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣٠١ هـ .

(ج) الحديث

- ٦٨ - سبل السلام : للعلامة السيد محمد بن اسماعيل بن صلاح ، الأمير
الكحلاني الصنعاني - المتوفى سنة ١١٤٢ هـ . وهو شرح على : (بلوغ
المرام من أدلة الأحكام ، لابن حجر العسقلاني) . طبع مطبعة مصطفى
الحلبي بالقاهرة سنة ١٣٤٩ هـ .

- ٦٩ - فتح الباري بشرح صحيح البخاري : لابن حجر العسقلاني الشافعي -
المتوفى بالقاهرة سنة ٨٥٢ هـ . - ١٤٤٨ م . طبع بولاق سنة ١٣٠١ هـ .

(د) علم اللغة

- ٧٠ - تاج العروس ، من شرح جواهر القاموس - تأليف العلامة اللغوي
أبي الفيض محمد بن محمد بن عبد الرازق المعروف بالسيد

مرتضى الحسينى الزبيدى الحنفى - المتوفى سنة ١٢٠٥ هـ - على
القاموس المحيط للفيروزابادى ، طبعة المطبعة الخيرية بالقاهرة سنة
١٣٠٧ هـ .

٧١- فقه اللغة - تأليف : الامام أبى منصور عبد الملك بن محمد بن اسماعيل
الثعالبي النيسابورى - المتوفى سنة ٤٢٩ هـ . طبع بولاق سنة
١٣١٧ هـ .

٧٢- كفاية المتحفظ ونهاية المتلفظ - وهو مختصر للعلامة أبى اسحق ابراهيم
ابن اسماعيل بن أحمد بن عبد الله الطرابلسي اللغوى المعروف بابن
الاجدابى - المتوفى في حدود سنة ٦٠٠ هـ . طبع المطبعة الخيرية بالقاهرة
سنة ١٣٢٣ هـ .

٧٣- لسان العرب - تأليف : الامام اللغوى جمال الدين أبى الفضل محمد بن
جلال الدين أبى العز مكرم بن نجيب الدين أبى الحسن على بن أحمد بن
أبى القاسم ابن حبة ، المعروف بابن منظور الأنصارى الأفرىقى المصرى -
المتوفى سنة ٧١١ هـ . طبع بولاق سنة ١٣٠٧ هـ .

٧٤- مختار الصحاح : تأليف العلامة الامام زين الدين محمد بن شمس الدين
أبى بكر بن عبد القادر الرازى الحنفى ، من علماء القرن الثامن الهجرى .
الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببصر ، سنة ١٣٢٣ هـ . سنة ١٩٠٥ م .

٧٥- المصباح المنير ، في غريب الشرح الكبير - تأليف العلامة أحمد بن محمد بن
على المقرئ الفيومى - المتوفى سنة ٧٧٠ هـ . طبعة ثانية ببولاق مصر
سنة ١٣٢٤ هـ - سنة ١٩٠٦ م .

كتب حديثة

٧٦- أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية : تأليف الشيخ أحمد
ابراهيم ابراهيم ، طبعة سنة ١٣٤٣ هـ - ١٩٢٥ م .

٧٧- أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية : للدكتور الشيخ
عبد الرحمن تاج طبعة سنة ١٩٥٥ .

- ٧٨- الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي : تأليف الدكتور محمد يوسف موسى ، طبعة سنة ١٣٧٨ هـ . سنة ١٩٥٨ م .
- ٧٩- أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية : لعمر عبد الله ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٨ .
- ٨٠- الأحوال الشخصية ، قسم الزواج : للشيخ محمد أبو زهرة .
- ٨١- الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية فقها وقضاء : النسب ، الرضاع ، الحضنة ، نفقة الأقارب ، طبعة ثانية للمؤلف .
- ٨٢- التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، الجزء الأول ، القسم العام : تأليف الأستاذ عبد القادر عودة . الطبعة الأولى سنة ١٣٦٩ هـ . ١٩٤٩ م . ، بمطبعة دار نشر الثقافة بالاسكندرية .
- ٨٣- التعزير في الشريعة الاسلامية : تأليف الدكتور عبد العزيز عامر (المؤلف) . الطبعة الثالثة سنة ١٣٧٧ هـ - سنة ١٩٥٧ م .
- ٨٤- شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية : لمحمد زيد الابياني بك . طبعة رابعة سنة ١٣٤٢ هـ . سنة ١٩٢٤ م .
- ٨٥- مرجع القضاء في تشريعات الأحوال الشخصية للأجانب ، لحسن الأشموني ومحمد عبد الكريم ، طبعة سنة ١٩٥٠ بالمطبعة العالمية بالقاهرة .
- ٨٦- المرجع في قضاء الأحوال الشخصية للمصريين لصالح حنفى .
- ٨٧- النسب وآثاره : للدكتور محمد يوسف موسى . طبع المطبعة العالمية بالقاهرة سنة ١٩٥٨ .

دوريات

- ٨٨- مجلة القضاء الشرعي .
- ٨٩- مجلة المحاماة الشرعية .

قوانين

- ٩٠- المرسوم بقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ المشتغل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها .
- ٩١- القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية .
- ٩٢- المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية .
- ٩٣- قرار رئيس جمهورية مصر العربية بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية .
- ٩٤- قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٥٩ بتاريخ ١٧/٩/١٩٥٣ .
- ٩٥- مدونة الأحوال الشخصية المغربية . المطبوعة في المطبعة الرسمية بالرباط في سنة ١٩٥٨ .
- ٩٦- مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد في الجمهورية العربية المتحدة .

الفهرس

الباب الأول

الزواج

صفحة

الفصل الأول : تعريفه وحكمته ووصفه الشرعى : ٩

المبحث الأول : تعريفه ١ - المبحث الثانى : حكمته ٢ -

٣ - المبحث الثالث : الوصف الشرعى للزواج ٤ - ٦ .

الفصل الثانى : الخطبة أو مقدمات العقد : ١٨

كلمة في المقدمات ٧ - الخطبة ومعناها وما يجب لصحتها ٨ - وقت

الرؤية ٩ - من تجوز خطبتها من النساء ١٠ ، ١١ - أثر الخطبة

١٢ - حكم ما تقدم من المهر والهدايا ١٣ - المهر ١٤ - الهدايا

١٥ - حكم ما قدم من المهر والهدايا في لبنان ١٦ - احكام القضاء

١٧ - حكم التمويض ١٨ .

الفصل الثالث : أركان عقد الزواج وشروطه : ٣٠

المبحث الأول : أركان عقد الزواج . تعريف الركن ١٩ -

أركان عقد الزواج ٢٠ - الفاظ الايجاب والقبول ٢١ - حكم كون

الألفاظ بلغة أعجمية ٢٢ - الانعقاد بالاشارة أو الكتابة ٢٣ -

انعقاد الزواج بالكتابة وبالرسول ٢٤ - صيغة الايجاب والقبول

٢٥ - تولى واحد صيغة العقد ٢٦ - تأييد الزواج ٢٧ - نكاح

المتعة ٢٨ - النكاح المؤقت ٢٩ - المبحث الثانى : شروط الزواج:

تعداد هذه الشروط والمراد بكل منها ٣٠ - المطلب الأول : شروط

صفحة

• انعقاد الزواج : تعداد هذه الشروط ٣١ - المطلب الثاني : شروط صحة الزواج : شرط الشهادة وشروط كون المرأة محلا للزواج من خطبها ٣٢ - الشرط الأول ٣٣ - ما يشترط في الشهادة ٣٤ - حكم الاتفاق على كتمان الشهادة ٣٥ - الشرط الثاني ٣٦ - شرط بلوغ سن معينة في القانون اللبناني ٣٧ - المطلب الثالث : شروط نفاذ عقد الزواج ٤٠ - ٤٣ - المطلب الرابع : شروط لزوم الزواج ٤٤ •

٥١ الفصل الرابع : المحرمات من النساء

• تقسيم ٤٥ ، ٤٦ - المبحث الأول : المحرمات على سبيل التأييد .
المحرمات على سبيل التأييد ثلاث ٤٧ - المطلب الأول : المحرمات بسبب القرابة ٤٨-٥٢ المطلب الثاني : المحرمات بسبب المصاهرة ٥٣-٥٧ - المطلب الثالث : المحرمات بسبب الرضاع ٥٨ - ٦٣
المبحث الثاني : المحرمات على سبيل التأقيت : تقسيم ٦٤ -
المطلب الأول : الجمع بين المحارم ٦٥-٦٦ المطلب الثاني : المطلقة ثلاثا حتى تتزوج زوجا آخر ٧٠ ، ٧١ - المطلب الثالث : تحريم زواج الخامسة لمن في عصمته أربع ٧٢ ، ٧٣ - المطلب الرابع : تحريم الزواج بزوجة الغير ومعتدته ٧٤ - المطلب الخامس : تحريم الزواج بمن لا تدين بدين سماوى ٧٥ - ٧٧ •

٧٨ الفصل الخامس : الولاية في الزواج

تقديم لهذا الفصل ٧٨ - المبحث الأول : تعريف الولاية وتقسيمها • تعريفها ٧٩ - أقسامها ٨٠ - المبحث الثاني : شروط الولى ٨١-المبحث الثالث : من تثبت عليه ولاية الاجبار ٨٢، ٨٣- من له ولاية الاجبار ٨٤-ترتيب الأولياء ٨٥، ٨٦- غيبة الولى القريب ٨٧ - امتناع الولى بغير سبب شرعى (عضله) ٨٨ - المبحث الرابع : احكام تزويج الأولياء ٨٩ ، ٩٠ - احكام القضاء ٩١ - المبحث الخامس : ولاية الاختيار ٩٢-٩٤ - ما عليه

صفحة

العمل بالنسبة للصغير والصغيرة ٩٥ ، ٩٦ - الوضع بالنسبة
للمجنون والمجنونة ٩٧ - ما عليه العمل في مصر ٩٨ - وبالنسبة
لمن له الولاية ٩٩ - ١٠٠ - وبالنسبة لشروط الولى ١٠١ .

١٠٤ ... الفصل السادس : الوكالة في الزواج ...

تعريفات ١٠٢ - حكم تصرفات الوكيل بالزواج ١٠٣ - ١١١ .

١١١ ... الفصل السابع : الكفاءة في الزواج ...

تعريفها ١١٢ - هل الكفاءة مشترطة في الزواج : تقسيم ١١٣ -
اشتراطها من حيث المبدأ ١١٤ - ما تعتبر فيه الكفاءة ١١٥-١١٦
من تعتبر في جانبه الكفاءة ١١٧ - وقت اعتبار الكفاءة ١١٨ - من
له حق الكفاءة ١١٩ - ١٢٢ - كلمة أخيرة في الكفاءة ١٢٣ - أحكام
القضاء ١٢٤ .

١٣٦ ... الفصل الثامن : أحكام عقد الزواج ...

تقديم لهذا الفصل ١٢٥ - المبحث الأول : أحكام العقد غير
الصحيح والموقوف وغير اللازم : المطلب الأول : النكاح غير
الصحيح : فاسد الكناح وباطله ١٢٦ - تعريف الشبهة ١٢٧
- أقسامها ١٢٩ - شبهة الفعل ١٢٩ - شبهة المحل ١٣٠ -
شبهة العقد ١٣١ - ما يترتب على الدخول في الزواج غير
الصحيح ، ١٣٢ - ١٣٣ - المطلب الثانى : العقد الموقوف ١٣٤ -
المطلب الثالث : العقد غير اللازم ١٣٥ - المبحث الثانى : أحكام
النكاح الصحيح : تقسيم ١٣٦ - المطلب الأول الحقوق المشتركة
بين الزوجين ١٣٧ ، ١٣٨ - المطلب الثانى : حقوق الزوج على
زوجته ١٣٩ - أحكام القضاء ١٤٠ ، ١٤١ ، ١٤٢ ، ١٤٣ ،
١٤٤ ، ١٤٥ ، ١٤٦ - المطلب الثالث : حقوق الزوجة على زوجها
١٤٧ - باقى الحقوق : المهر والنفقة ١٤٨ - المبحث الثالث : المهر
المطلب الأول : تعريفه وطبيعته والدليل على وجوبه على الزواج

١٤٩ - ١٥١ المهر حكم من أحكام عقد الزواج ١٥٢ - سبب وجوب المهر ١٥٣ - أحكام القضاء ١٥٤ - المطلب الثاني: مقدار المهر ١٥٥ - ما يصح أن يسمى مهرا وما لا يصح ١٥٦ - تعجيل المهر وتأخير ١٥٧ - المطلب الثالث أنواع المهر ١٥٨ - لمن يكون الحق في المهر ١٥٩ - ما يجب من أنواع المهر ١٦٠ - وجوب المهر المسمى ١٦١ - أحكام القضاء ١٦٢ - متى يجب أقل المهر ١٦٣ - متى يجب مهر المثل ١٦٤ - وجوب الأقل من المسمى ومهر المثل ١٦٥ - المطلب الرابع: حكم الزيادة في المهر والحط منه ١٦٦ - ١٦٨ للمطلب الخامس: ما يتأكد به كل المهر ١٦٩ - الدخول الحقيقي ١٧٠ - أحكام القضاء ١٧١ - الخلوة الصحيحة ١٧٢ - ١٧٥ - الأحكام التي تشارك فيها الخلوة الصحيحة الدخول الحقيقي ١٧٦ - الأحكام التي تختلف فيها الخلوة عن الدخول ١٧٧ - الموت ١٧٨ - المطلب السادس: متى يسقط نصف المهر ١٧٩ - ١٨١ - متى يعود نصف المهر الى الزوج ١٨٢ - متى تجب المتعة ١٨٣ - ١٨٧ - المطلب السابع: متى يسقط المهر كله ١٨٨ ، ١٨٩ - المطلب الثامن: اقتران المهر بالشرط ١٩٠ ، ١٩١ - المطلب التاسع: من له قبض المهر ١٩٢ ، ١٩٣ - أحكام القضاء ١٩٤ - المطلب العاشر: ضمان المهر ١٩٥ - ١٩٨ - أحكام القضاء ١٩٩ - المطلب الحادي عشر: متاع البيت ٢٠٠ ، ٢٠١ - قيام الأب بتجهيز بنته ٢٠٢ - الاختلاف في متاع البيت ٢٠٣ - ٢٠٥ - المطلب الثاني عشر: أحكام المهر في القانون اللبناني ٢٠٦ - ٢١١ - المبحث الرابع: النفقة تعريفها ٢١٢ أسباب وجوبها ٢١٣ - المطلب الأول: أدلة وجوبها وسببها وشروطها: وجوب نفقة الزوجية ٢١٤ سبب وجوب نفقة الزوجية وشروطها ٢١٥ - أحكام القضاء ٢١٦ - حالات لا تجب فيها النفقة: كون الزواج فاسدا ٢١٧ - أحكام القضاء ٢١٨ - الصغيرة ٢١٩ - المريضة ٢٢٠ - أحكام القضاء ٢٢٠ مكررة ،

صفحة

- ٢٢١ - الزوجة المحبوسة - ٢٢٢ - المنصوبة - ٢٢٣ - المسافرة
 ٢٢٤ - أحكام القضاء - ٢٢٥ - الزوجة المحترفة - ٢٢٦ - الزوجة
 الناشئة - ٢٢٧ - أحكام القضاء - ٢٢٨ - الوضع في لبنان - ٢٢٩ -
 المطلب الثاني : تقدير النفقة - ٢٣٠ - ما يراعى في التقدير - ٢٣١ -
 أحكام القضاء - ٢٣٢ - المسكن - ٢٣٣ ، ٢٣٤ - الخادم - ٢٣٥ -
 ٢٣٦ - المطلب الثالث : قضايا النفقة - ٢٣٧ - أحكام القضاء
 - ٢٣٨ - الحبس في دين النفقة - ٢٣٩ ، ٢٤٠ - القضاء على الغائب
 في النفقة - ٢٤١ - ٢٤٤ - ما عليه العمل - ٢٤٥ ، ٢٤٦ - المطلب
 الرابع : متى تكون نفقة الزوجة ديناً على زوجها - ٢٤٧ - ما عليه
 العمل وفيه أحكام للقضاء - ١٤٨ - ٢٥٢ -

الباب الثاني

انهاء الزواج

صفحة

الطلاق والفسخ ٢٥٣ ، ٢٥٤

- الفصل الأول : الطلاق: المبحث الأول : تعريفه ووصفه وطلاق السنة** ٢٦٥
 تعريفه ٢٥٥ - هل الأصل في الطلاق الحظر أو الإباحة ٢٥٦ -
 طلاق السنة وطلاق البدعة ٢٥٧ - **المبحث الثاني : من يملك**
 الطلاق ومن يقع عليها الطلاق : من يملك الطلاق ٢٥٨ - ما عليه
 العمل ٢٥٩ ، ٢٦١ - من يقع ومن لا يقع عليها الطلاق ٢٦٢ ،
 ٢٦٣ - **المبحث الثالث : ما يقع به الطلاق وصيغته: المطلب الأول:**
 ما يقع به الطلاق ٢٦٤ - **المطلب الثاني : صيغة الطلاق** ٢٦٥ ،
 ٢٦٦ - **المبحث الرابع : عدد الطلقات** ٢٦٧ - الطلاق الثلاث
 بلفظ الثلاث ٢٦٨ - ٢٧٠ - **المبحث الخامس : الطلاق الرجعي**
 والطلاق البائن ٢٧١ - متى يكون الطلاق رجعياً ومتى يكون بائناً

صفحة

- ٢٧٢ - ٢٧٥ - أحكام القضاء ٢٧٦ - حكم الطلاق الرجعي ٢٧٧ -
الرجعة ٢٧٨ - أحكام القضاء ٢٧٩ - حكم الطلاق البائن ٢٨٠ -
المبحث السادس : طلاق المريض مريض الموت ٢٨١ - ٢٨٢ :-
٢٨٢ - أحكام القضاء ٢٨٣ - المبحث السابع : التفويض ٢٨٤ -
٢٨٩ - أحكام القضاء ٢٩٠ -

٢٩٩ ... الفصل الثاني : الخلع

- المبحث الأول : تعريفه وتكييفه : تعريفه ٢٩١ - تكييف الخلع
٢٩٢ - المبحث الثاني : بدل الخلع ٢٩٣ ، ٢٩٤ - المبحث الثالث
حكم الخلع : يثبت بالخلع ٢٩٥ - أحكام القضاء ٢٩٦ - حكم
خلع المحجور عليهن ٢٩٧ ، ٢٣٨ .

٣٠٧ ... الفصل الثالث : الطلاق بحكم القاضي :

- تقسيم ٢٩٩ - المبحث الأول : التفريق لعدم الاتفاق ٣٠٠ -
٣٠٣ - أحكام القضاء ٣٠٤ - المبحث الثاني : التفريق للمعب
٣٠٥ - ٣٠٦ - أحكام القضاء ٣٠٨ - في لبنان ٣٠٩ - ٣١١ -
الشيعة الامامية ٣١٢ - المبحث الثالث : التفريق بسبب الشقاق
الزوجي ٣١٣ - ٣١٧ - في لبنان ٣١٨ - حكم التزوج بأخرى
٣١٩ - ٣٢٥ - التعدد ومشروعيته ٣٢٦ - ٣٢٨ - تقرير التعدد
٣٢٩ - ٣٣٠ - أحكام القضاء ٣٣١ ، ٣٣٢ - المبحث الرابع :
التفريق للغياب ٣٣٣ - ٣٣٦ - المبحث الخامس : التفريق للحبس
٣٣٧ ، ٣٣٨ -

٣٥٦ ... الفصل الرابع : العدة

- المبحث الأول : تعريف العدة وأمور أخرى ٣٣٩ ، ٣٤٠ -
أنواع العدة ٣٤١ - ٣٤٤ - انتقال العدة ٣٤٦ - ٣٤٧ - كيف
يعرف انتهاء العدة ٣٤٨ - أحكام القضاء ٣٤٩ ، ٣٥٠ - ما يتعلق

- ٣٩٧ -

صفحة

بالعدة من حقوق وأحكام ٣٥١ - احكام القضاء ٣٥٢ ، ٣٥٣ -
نفقة العدة ٣٥٤ ، ٣٥٥ ، ٣٥٦ - احكام القضاء ٣٥٧ ، ٣٥٨
٣٥٩ .

المراجع القيمة
الفهرس

[تم بعون من الله وتوفيقه]

رقم الايداع ٨٥/١٦٥٧
رقم الدليل ٤ - ١٢٦ - ٩٧٧ ١٠

